روضة المستبين
في
شرح كتاب التلقين

لأبي محمد عبد العزيز بن إبراهيم بن بزيزة التونسي

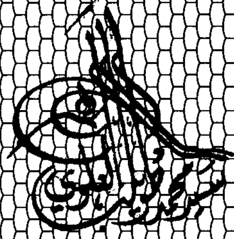
دراسة وتحقيق
عبد اللطيف زكاغ

المجلد الثاني

دار ابن حزم

مركز الإمام الثعالبي للدراسات ونشر التراث

الثعالبي









روضة المستبين

في

شرح كتاب التلقين

2

الطَّبْعَة الأولىٰ

١٤٣١ هـ - ٢٠١٠م

ISBN 978-9953-81-430-8



الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز الإمام الثعالبي للدراسات ونشر التراث
الجزائر ـ هاتف وفاكس: 017029011 ـ جوال: 072745624

دار ابن حزم

بيروت – لبنان – ص.ب : 14/6366

هاتف وفاكس : 701974 – 300227 (009611)

البريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb

الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com

رَوْضَةُ المُسْتَبِينِ

في

شَرْحِ كِتَابِ التَّلْقِينِ

لِأَبِي مُحَمَّد عَبْد العَزِيز بن إبراهيم بن بزيزة التّونسيّ

دِرَاسَة وتحقيق

عَبْد اللّطيف زكّاغ

المُجَلَّد الثَّانِي

مَركز الإمام الثَّعالبي
لِلدراسات ونَشرِ التراث



دار ابن حزم

بسم الله الرحمن الرحيم

أنا ما عندي من العلم إلا اسمه، ومن الفقه إلا رسمه، ولكن كما قال تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء: 43].



«وشرطي في هذا الكتاب إضافة الأقوال إلى قائليها، والأحاديث إلى مصنفيها، فإنه يقال من بركة العلم أن يضاف القول إلى قائله» (جامع أحكام القرآن للقرطبي 1/ 3).





كتاب الطلاق[1]

قال القاضي (رحمه الله)[2]: «**الطلاق ضربان**»: إلى قوله: «**إلا بثلاثة شروط**».

شرح: الطلاق في نفسه مباح إذا اعتبر من حيث هو، وقد ينقسم بحسب متعلقاته إلى أقسام الشريعة كما انقسم النكاح، ولا يخفى وجوه ذلك، وقد قال تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ الآية [البقرة: 229]، وقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ﴾ الآية [الطلاق: 1]، وصح أن النبي عليه السلام: (**آلى وطلق ولم يظاهر**)[3]، ولو كان ممنوعاً لما صدر منه عليه السلام، ونحن نتتبع (سياق)[4] القاضي رحمه الله.

قال: «**الطلاق ضربان: كامل، وناقص**»: إلى قوله: «**وهو معتبر بالرجال دون النساء**». ولا خلاف في مذهب **مالك** في هذه الجملة اعتماداً على قوله عليه السلام: (**الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء**)[5].

---

(1) الطلاق في اللغة: يدل على التخلية والإرسال، وفي الاصطلاح قيل هو: حل العصمة المفقودة بين الزوجين، كما عند ابن رشد وقيل هو الثابت شرعاً بالنكاح كما عند التسولي وقيل هو: صفة حكمية ترفع حلية الزوج بزوجته موجباً تكررها مرتين للحر ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل زوج. ينظر: معجم مقاييس اللغة ظ/ 320؛ المقدمات 1/ 497؛ شرح حدود ابن عرفة 1/ 271؛ البهجة 1/ 366.

(2) ساقطة في نسخة: «خع».

(3) ينظر: سنن البيهقي، حديث (14930) 7/ 367.

(4) حديث: (**الطلاق بالرجال والعدة بالنساء**). مصنف ابن أبي شيبة 4/ 401؛ مصنف عبد الرزاق 7/ 236. قال الحافظ ابن حجر: حديث الطلاق بالرجال والعدة بالنساء لم أجده مرفوعاً، وأخرجه ابن أبي شيبة على ابن عباس بإسناد صحيح، وأخرجه عبد الرزاق موقوفاً. ينظر: الدراية 2/ 70؛ تلخيص الحبير 3/ 212.

(5) في نسخة: «خع»: (مساق).



قوله: «فإن أعتق العبد قبل إيقاع شي ءمنه كمل له»: ولا أعلم خلافاً في المذهب في هذه المسألة.

قوله: «فالرجعي ما دون الثلاث للحر، والواحدة للعبد»: وهذا غير محقق، لأن ذلك (يتصور في)[1] البائن، فقد تقع البينونة بالطلاق الوحدة للحر والعبد بسبب من أسباب البينونة، فالرجعي هو (ما)[2] استقل المطلق فيه بالرجعة، والبائن عكسه، وإنما قصد (القاضي ما يتصور فيه المراجعة مطلقاً وهو مما دون البتات كما ذكره.

قوله: «والبائن ضربان بائن مطلقاً وبائن[3] في مقابلة الرجعي»: أراد بالبائن المطلق الذي لا يتصور فيه الرجعة، فالطلاق فيه من حيث إنها بينونة لا تقابلها الرجعة، ومثل البائن المطلق بطلاق غير المدخول بها، إذ الواحدة والثلاث تحرمها، وكطلاق العنِّين، إذ الرجعة فيه لا تنفي (الضرر)[4] (و)[5] الذي وقع الطلاق لأجله، فلا يتصور فيه بحال، وبطلاق الخلع، لأن البينونة فيه هي مقتضى العوض وثبوته.

قوله: «والفسوخ كلها بائنة»: مثل ذلك بفسخ الردة، وذلك إذا ارتد أحد الزوجين فقيل هو فسخ بطلاق، وقيل بغير طلاق وهو المشهور، لأن الكفر قطع العصمة بينهما شرعاً، وفسخ (الملك)[6] إشارة إلى ما إذا اشترى أحد الزوجين صاحبه، فالنكاح يفسخ، إذ الملك والنكاح لا يجتمعان لتنافر أحدهما. وصورة فسخ الرضاع أن يزوجها فإذا هي أخت من الرضاع، فيجب الفسخ، وتقع البينونة لأنها مقتضى التحريم.

قوله: «وغير ذلك»: إشارة بالانتهاء إلى العدد وهي ثلاث، واثنان للعبد بالبينونة.

---

(1) في نسخة: «خق»: (عبارة غير مقروءة)، وفي نسخة: «خع» بياض. لعل المراد ما أثبته.
(2) في النسختين: (بما).
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) في نسخة: «خق»: (الضر).
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) ساقطة في نسخة: «خع».

قوله: «والبائن في مقابلة الرجعي»: وهو طلاق المدخول بها من غير عوض، وهي (ثلاثة)[1] للحر، واثنان للعبد، فالبينونة بها إلى انتهائه العدد فهو مقابلة الرجعي الناقص عن انتهائه. وجعل طلاق الخلع البائن المطلق، ويمكن دخوله في هذا القسم، إذ لولا العوض لتصورت الرجعة.

وقع في بعض الروايات: هو طلاق غير المدخول بها بإثبات «غير» (وسقطت غير)[2] (عند)[3] (الوراق)[4] من (جلة)[5] رواة الكتاب عن القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ، وعلى إسقاطها التعويل، وإثباتها لا معنى له لأنه قد مثل [100/ظ] المطلق البائن بذلك.

قوله: «وهي ثلاث للحر، واثنتان للعبد»: الضمير عائد على الأعداد، والمعنى والأعداد ثلاث للحر، (واثنتان)[6] للعبد.

قوله: «مجتمعاً كان أو مفترقاً»: يعني أنها سواء في اللزوم ولم يخالف في ذلك أحد من أهل العلم الذين تدور عليهم الفتيا.

قال القاضي: **«والرجعة ثابتة في الرجعي»**: إلى قوله: **«وينقسم الطلاق»**.

شرح: ذكر في هذا الفصل شروط التحليل:

الأول: أن تنكح زوجاً (غيره)[7] نكاحاً جائزاً، فقوله: «زوجاً» احترازاً من غير الزوج، فإنها إن وطئت بالملك لم تحل لمطلقها ثلاثاً. قوله: «نكاحاً جائزاً» احترازاً من العقد الفاسد.

الثاني: أن يطأها وطئاً مباحاً في غير حيض، ولا إحرام، ولا صوم. ومذهب جمهور العلماء أنها لا تحل بنفس العقد، وروى **سعيد بن المسيب**

---

(1) في نسخة: «خق»: (ثلاثة).
(2) ساقطة في نسخة: «خع».
(3) في نسخة: «خع»: بياض.
(4) في نسخة: «خق»: (الرزاق).
(5) في نسخة: «خق»: (جملة).
(6) في نسخة: «خق»: (اثنان).
(7) ساقطة في نسخة: «خق».



وغيره أنها لا تحل بنفس العقد[1]، والحجة للجمهور قوله ﷺ لزوجه (رفاعة): (**حتى يذوق عسيلتها وتذوق عسيلته**)[2] وهو الذي ذكر القاضي في الوطء الحرام، والمشهور فيه قولان فيما إذا كان الوطء حراماً كالمحرمة والصائمة والحائض فالمشهور ما ذكره القاضي أن ذلك لا يقع به إحلال ولا إحصان، والشاذ وقوع ذلك به وسواء كان الصوم واجباً، أو تطوعاً على الأشهر، والخلاف الثاني واقع.

قوله: «ونكاح المحلل باطل»: وهذا كما ذكره، والدليل على ذلك ما خرجه أهل الصحيح من حديث **أبي هريرة** قال: قال رسول الله ﷺ: (**لعن الله المحلل والمحلل له**)[3] فإن عقداه على التحليل وجب فسخه بلا خلاف عندنا. وقوله: «ولا اعتبار بقصدها» يعني في حصول الإباحة، وانظر إذا قصد الزوج النكاح الصحيح، وقصدت هي التحليل هل يتعلق عليها الإثم بقصدها المحرم أم لا، إذ الطلاق مملوك لغيرها فلا فائدة لقصدها. ومن شواذ الفقه أن محللها مأجور إذا كان مطلقها مشغوفاً بها، ومن شواذه أيضاً (أنه)[4] إذا وطئها على حجاب رقيق حلت. والشرط الثالث ظاهر، لأن البينونة تقطع حل العصمة للأول.

قال القاضي: **«وينقسم الطلاق من وجه آخر»**: إلى قوله: **«وطلاق الحائض»**.

---

(1) بداية المجتهد 2/ 145 ـ 146.

(2) حديث: (**حتى يذوق عسيلتها وتذوق عسيلته**). صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من إجاز طلاق الثلاث، حديث (4960) 5/ 2014؛ سنن الترمذي، كتاب الطلاق، باب من جاء فيمن يطلق امرأته ثلاثاً. . . حديث (1118) 3/ 426؛ سنن النسائي، كتاب النكاح، باب النكاح الذي تحل به المطلقة ثلاثاً لمطلقها، حديث (3283) 6/ 93.

(3) حديث: (**لعن الله المحلل والمحلل له**). سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في التحليل، حديث (2078) 2/ 227؛ سنن النسائي، كتاب الطلاق، باب إحلال المطلقة ثلاثاً وما فيه من التغليظ، حديث (3411) 6/ 148؛ سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، حديث (1934) 6/ 161.

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

شرح: لما ذكر قبل انقسام الطلاق من الوجوه المذكورة التي لاحظها، قسمه ههنا باعتبار السنة والبدعة وذكر أنه إن (عرى)[1] عن (وصف كل)[2] واحد منهما فلا يقال إنه طلاق سنة ولا بدعة. وهذ القسم فيه نظر (لأن)[3] ظاهر كلامه (يعني)[4] أنه يعرى عن وصفه بكل واحد منهما مطلقاً (ثم)[5] لما فسره في آخر كلامه، ومثله بطلاق الصغيرة واليائسة والحامل البين حملها، رأى أن طلاق هؤلاء لا يوصف بطلاق السنة ولا البدعة من حيث الوقت، لأن مدة هؤلاء محققة غير (متعرضة)[6] للانتقال، ويوصف من حيث العدد، وهو أن يطلقها اثنتين أو ثلاثاً. والبدعة (ترجع)[7] إلى أمرين إلى الوقت والعدد، فالراجع إلى الوقت طلاق الحائض والنفساء، وطلاقها في (طهرها)[8]. والراجع إلى العدد هو ما ذكر من طلاقها اثنتين، أو واحدة ثم يتبعها ثلاثاً.

قوله: «ولطلاق السنة ستة شروط: أحدها: أن تكون المطلقة ممن تحيض مثلها»: احترازاً من الصغيرة واليائسة، ومقتضى كلامه أن طلاق هاتين ليس بطلاق سنة.

قوله: «والثاني أن تكون طاهراً غير حائض، ولا نفساء»: تحرزاً من (طلاقها)[9].

قوله: «والثالث أن تكون في طهر لم تمس فيه»: فإن مس فيه كره الطلاق فيه، وهل يكره أن يخالعها في طهر مسها فيه أم لا؟ فيه قولان الجواز

---

(1) في نسخة: «خق»: (تعرى).
(2) في نسخة: «خق»: (وصفه فكل).
(3) في نسخة: «خق»: (فإن).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) في نسخة: «خق»: (معترضة).
(7) في نسخة: «خق»: (ترجعان).
(8) في نسخة: «خق»: (طهر مسها).
(9) في نسخة: «خق»: (طلاقها).



والكراهية[1].

اختلف إصحابنا في علة الكراهة في إيقاع الطلاق في طهر المسيس، فعلله بعضهم لخوف الندم، لأنها إن كانت حاملاً ندم على الطلاق فيكره، لأن المسيس مظنة الحمل، وعلله آخرون بأنها لا تدري أتعتد [101/و] بالأقراء، أو بوضع الحمل، وعلى كلا التعليلين فالخلع كالطلاق في المعنى.

قوله: «**والرابع أن يكون تالياً لحيض لم تطلق فيه «واحدة»**»: وهذا كما ذكره، لأن الواحدة تفيد من انحلال العصمة ما يفيده الزائد عليها، فلا فائدة للزيادة، وكذلك قال **مالك** وأصحابه على جميع الطلاق في كلمة واحدة محرم[2]، والدليل عليه قول النبي ﷺ لعبد الله بن عمر، حين قال له: (**أرأيت إن طلقتها ثلاثاً فقال له إذا بانت منك، وعصيت ربك**)[3].

فإن طلق في كل طهر مرة فإنها تكون كإيقاع الطلاق جملة، إذ لا مخرج له من لزوم الثلاثة فكان كالطلاق ثلاثاً في كلمة واحدة، ويجوز نظراً إلى الإفراد، وهذا هو الشرط السادس.

قوله: «**ثم قد يكون البدعة وهو أن يكون في حيض، أو ظهر مس فيه، أو اثنين، أو ثلاثاً، أو واحدة مبتدأة، ثم يتبعها ثلاثاً**»: وهذا كما ذكره، ولا شك أن طلاقها بدعة، وكذلك إذا أوقعها في طهر مسها فيه، وكذلك إيقاع الاثنين، إذ لا فائدة لها، وقد ذكر أن إيقاع الثلاثة في كلمة كلمة واحدة محرم، والإفراد كالجمع في أحد القولين.

قوله: «**وأما من تتساوى أوقاتها في جواز طلاقها فثلاث**»: وهذا كما ذكره، لأن هؤلاء لا انتقال في عددهن، ولا إشكال في أن الشروط التي ذكرها في طلاق السنة غير متصورة بهن.

---

(1) البهجة للتسولي 1/ 6ظ3.

(2) التفريع 2/ 73؛ الكافي ص262؛ العيون 3/ 1218؛ المقدمات 1/ 501.

(3) حديث: (**بانت منك وعصيت ربك**). صحيح مسلم، كتابي الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض.

قوله: «ويوصف بذلك من حيث العدد»: لأن الأعداد متصورة في ذلك، فإن اقتصر على الواحدة فهو مطلق للسنة.

قال القاضي: **«وطلاق الحائض والنفساء محرم»**: إلى قوله: **«ولا يلزم طلاق غير مكلف»**.

شرح: أجمع العلماء على أن طلاق الحائض محرم[1]، والدليل على ذلك ما خرجه **مالك** في موطئه من حديث **ابن عمر** أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد النبي ﷺ فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال عليه السلام: (**مره فليراجعها، ثم يمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسكها بعد، وإن شاء طلقا قبل أن يمسكها فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق بها الناس**)[2].

قال **أبو عمر بن عبد البر** انتهى كلام النبي عليه السلام إلى قوله: (**قبل أن يمسك**) وفي بعض طرق هذا الحديث قال **أبو عمر** فقرأ النبي عليه السلام: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ الآية[3]. وعن **ابن عمر** قال: فراجعها (وحسب لها)[4] بتطليقة التي طلقها. وذكر **أبو محمد** عن ابن عمر أنه قال: تعتد بذلك[5]. وذكر **الدارقطني** من حديث ابن عمر **قلت يا رسول الله لو أني أطلقها ثلاثاً أكان تحل لي إن لم ألحقها قال: لا، كانت تبين منك، وتكون معصية**[6].

واختلف العلماء في (تعليل)[7] النهي، فقال الجمهور إنه غير معلل، وقال بعضهم هو معلل بتطويل العدة. وينشأ عن هذا مسائل.

المسألة الأولى: هل يجوز طلاق الحامل في حال حيضتها أم لا؟ وفيه

---

(1) المقدمات 1/ 505؛ القوانين الفقهية ص150.

(2) موطأ مالك، كتاب اطلاق، باب ما جاء في الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض، حديث (1196) 2/ 576.

(3) التمهيد 15/ 65.

(4) في نسخة: «خق»: (وحسبها).

(5) شرح الرسالة للقاضي عبد الوهاب 3/ 73؛ ومخطوط: «خع» رقم (625ق).

(6) سنن الدارقطني، كتاب الطلاق، حديث (79) 4/ 29.

(7) في نسخة: «خق»: (هذا) عوض (تعليل).



قولان[1] فمن عقل معنى التحريم أجاز طلاق الحامل (أيضاً)[2]، إذ لا تطويل في حقها لما كان العدة وضع الحمل لا محالة، ومن جعل النهي عبادة مجردة منع.

المسألة الثانية: طلاق غير المدخول بها في حال حيضتها فيه قولان[3] أحدهما: المنع اعتباراً بصورة الحيض المنع من إيقاع الطلاق. والثاني: الجواز إذ لا عدة عليها.

المسألة الثالثة: اختلفوا في جواز طلاق المستحاضة للاختلاف فيها هل حكمها حكم الحائض، أو حكم الطاهر، أو حكم بين حكمين.

المسألة الرابعة: الخلع في الحيض هل هو كالطلاق[4] نظراً إلى أثره، أو ليس مثله لانتفاء النكاح، فيه قولان حكاهما الأصحاب.

المسألة الخامسة: الطلاق برضاها في الحيض إن لم يكن العوض فيه نظر إلى (الجواز والمنع)[5] فمن رآه تطويلاً برضاها أجازه، ومن لم يعلل منع منه.

المسألة السادسة: اختلاع الأجنبي عنها في زمن الحيض فيه قولان: الجواز [101/ظ]، والمنع بناء على ما ذكرناه.

قوله: «**ويلزم إن وقع**»: هذا مذهب جميع أهل العلم أنه لازم إن وقع لقوله ﷺ: (**فليراجعها**) ولا مراجعة إلا بعد طلاق واقع[6]. وشذت طائفة من أهل البدعة فقالوا: إنه لا يلزم إن وقع، لأنه فاسد الوضع، وهذا خلاف الإجماع[7].

(1) المقدمات 1/ 505.
(2) ساقطة في نسخة: «خع».
(3) المنتقى 5/ 371؛ المقدمات 1/ 505؛ البهجة للتسولي 1/ 337.
(4) المقدمات 1/ 506.
(5) في نسخة: «خق»: (المنع والجواز) تقديم وتأخير.
(6) المعونة 2/ 835، 836؛ مختصر الطحاوي ص192؛ الأم 5/ 180، روضة الطالبين 8/ 4؛ المقنع ص230؛ المحرر 2/ 51.
(7) حكاه أبو نصر عن ابن علية وهشام بن الحكم والشيعة. ينظر: عيون المجالس =

قوله: «ويجبر على الرجعة فيما كان منه رجعياً»: وهذا كما ذكره، فإن طلقها بانت منه والنفساء والحائض في ذلك سواء. قال **أشهب** في كتاب **محمد**[1] إذا طلق في حيض، أو نفاس أجبر على الرجعة سواء أبره، أو حنث فيه، فإن أبى هدد بالسجن، فإن استمر على الامتناع حبس، فإن أبى ضرب بالسوط، لأنه فعل معصية، فلا يقر على التمادي، فإن أبى بعد الضرب ارتجع الحاكم عليه.

وههنا فروع:

الأول: إذا أجبر على الرجعة ولم ينوها فقال الشيخ **أبو عمران** أن له الوطء بعد ذلك وهو كالزوج هازلاً. واستقرأ بعض البغداديين من المذهب أنه لا يجوز له الوطء، إذ لا نية له فيه[2].

الفرع الثاني: إذا كان النكاح فاسداً فهل تقع الفرقة فيه في زمان الحيض أم لا؟ التحصيل فيه أن الجمع على فساد الذي لا خيار لأحد الزوجين يفسخ مطلقاً في حال الحيض والطهر، وأما المختلف فيه فما لأحد الزوجين فيه خيار، فلا يفرق فيه في زمان الحيض على الأشهر من المذهب[3].

الفرع الثالث: إذا اختلف الزوجان فقالت طلقني في حال الحيض، وقال في حال الطهر، وروى **ابن سحنون** عن أبيه أنها مصدقة لأنها مأمونة على رحمها، ولا تكشف، ولا أرى أن ينظر (لها)[4] النساء، ويجبر على الرجعة[5]. وروى **عيسى** عن **ابن القاسم** أن القول قول الزوج، وهو الصحيح، لأنه المدعى عليه إيجاب الرجعة[6].

قوله: «ثم ليس له أن يطلق إلا بعد الطهر من الحيضة الثانية التالية

= 3/ 1213 ـ 1214؛ المغني 7/ 140.

(1) المعونة 2/ 833؛ المنتقى 5/ 372 ـ 373؛ المقدمات 1/ 504.
(2) المنتقى 5/ 373؛ المقدمات 1/ 505.
(3) النوادر والزيادات 5/ 90؛ المقدمات 1/ 507.
(4) في نسخة: «خق»: (إليها).
(5) النوادر 5/ 91.
(6) النوادر 5/ 91؛ البيان والتحصيل 5/ 417.



للحيضة التي طلق فيها»: وهذا هو الصحيح لقوله ﷺ في حديث ابن **عمر**: **(فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض، ثم تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك)**[1]. واختلف العلماء في تعليل ذلك على وجهين، فقال بعضهم ألا يطول على الزوج معاملة (له)[2] بنقيض قصده، لأنه لما أراد بالطلاق في حال الحيض التطويل على الزوجة أعاد ذلك عليه. الثاني: قال بعض الأشياخ إنما ذلك ليلاً يكون الرجعة والارتجاع الشرعي إنما يراد للوطء، فإذا (راجعها)[3] ثم طهرت فوطئها لم يكن له الطلاق في ذلك الطهر، لأنه طهر الوطء فيمكن فيه الحمل فيقع الندم، فإذا حاضت، ثم طهرت فله الطلاق إذ هو طهر خال عن الوطء فيه فكان هو المقصود في حصول السنة في الطلاق، فإن طلق في الطهر المتصل بالحيض الذي أوقع فيه الطلاق فقد أساء، والطلاق لازم.

قوله: «وإن غفل عنه أجبر ما بقي من العدة شيء»: وهذا الفرع فيه قولان حكاهما القاضي، فمذهب **ابن القاسم** أن الجبر مستمر ما بقي من العدة شيء (قال)[4] **أشهب** يجبر ما لم تطهر من الحيضة الثانية بحيضة الطلاق، إذ لو طلق حينئذ لجاز[5]. وههنا مسائل:

المسألة الأولى: إذا قال للحائض أنت طالق للبدعة، طلقت في الحال وأجبر [على][6] الرجعة، وكذلك إذا قال لها إذا طهرت من حيضتك فأنت طالق، فينجز عليه الطلاق، لأنه يقول أجل واجب، ولو قال للطاهر: «أنت طالق للسنة» وقع عليه الطلاق في الحال، وكذلك لو قال لها: «أنت طالق للبدعة» لعجل عليه الطلاق، فكأنه يقول لها إذا حضت فأنت طالق (فجعل)[7] عليه الطلاق إذ الغالب كالواجب.

---

(1) سبق تخريجه قريباً.
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) في نسخة: «خع»: (رجعها).
(4) في نسخة: «خق»: (فقال).
(5) المعونة 2/ 833.
(6) زيادة تقتضيها اللغة.
(7) كذا، ولعل الصواب: (فعجل).

ولو قال لها: «أنت طالق ثلاثاً للسنة» لزم الآن ثلاث تطليقات وكأنه قال: أنت طالق طالق في كل طهر طلقة، فيجعل عليه بناء على ما ذكرناه من (أن)[1] الغالب كالواجب.

فرع: إذا قال للطاهر المدخول بها وهي ممن تحيض أنت طالق ثلاثاً وبعضها للسنة وبعضها للبدعة لزمه ثلاث تطليقات، لأن طلاق البدعة في المدخول بها يكون بالثلاث، وكذلك في غير المدخول بها [102/و] ولو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثاً للسنة، فقال سحنون: لا يلزمه إلا طلقة واحدة، إذ لا عدة على غير المدخول بها[2] فكأن الطلقتين إنما أوقعهما على غير زوجة. ولو قال: أنت طالق ثلاثاً في كل قول طلقة فإن كانت مدخولاً بها طلقت الآن ثلاث، لأنه من باب (تعليق)[3] الطلاق بالأجل الواجب. وإن كان غير مدخول بها طلقت واحدة فقط، لأنها تبين بذلك فلا محل للثانية.

قال القاضي رحمه الله: **«ولا يلزم طلاق غير مكلف»**: إلى قوله: **«وعقد الطلاق»**.

شرح: يتعلق بهذا الفصل الكلام في صفة المطلق الذي يلزم طلاقه وهو المسلم المكلف فقولنا: «المسلم» احترازاً من الكافر. وقد اختلف المذهب في طلاق الكتابي، والمشهور أنه لا يلزم[4] بناء على أنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة، والشاذ أنه يلزم بناء على أنهم مخاطبون، فإذا تحاكما إلينا حكمنا لهم بحكم الإسلام لا محالة. وفي المدونة أن الكافرة إذا أسلمت فطلقها زوجها النصراني، وهي في عدتها لم يقع عليها الطلاق[5]. قال **اللخمي**: وذلك لازم إذا لم تقم الزوجة بالطلاق، فإن قامت وقع عليها الطلاق[6]. وقولنا: «المكلف» احترازاً من غير المكلف كالصبي والمجنون. أما الصبي

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) النوادر 5/ 89.
(3) في نسخة: «خق»: (تلفيق).
(4) القوانين الفقهية ص151.
(5) المدونة 5/ 424.
(6) التبصرة 3/ 138/ و.



غير المراهق فلا خلاف في أن الطلاق غير لازم، وأما المراهق ففي لزوم طلاقه قولان[1] مبنيان على أن الطلاق غير لازم، وأما المراهق ففي لزووم طلاقه قولان[2] مبنيان على الخلاف في أحكامه هل هي أحكام البالغ، أو غير البالغ، ولا خلاف في لزوم طلاق البالغ العاقل سفيهاً كان أو رشيداً. وألحق القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ النائم والمبرسم[3] والهاذي في غمرات المرض بالمجنون المطبق[4]، فإن كان مجنوناً غير مطبق فطلق في حال إفاقته فلا خلاف في لزوم الطلاق.

قوله: «ومكره يخاف من شدة الضرب»: ويتعلق بهذا أمران حكم طلاق المكره، وصفة الإكراه، وأصل المذهب أن طلاق المكره غير لازم[5]، والدليل على ذلك قول النبي ﷺ: **(رفع عن أمتي (ثلاث)[6]: الخطأ والنسيان، والمستكره عليه)**[7] والخلاف في ذلك بين الصحابة ومن بعدهم، مشهوره ما ذكرناه في مطولات العامة[8].

وتفصيل **اللخمي** في ذلك حسن قال: «إن أكره فلفظ به غير معتقد معناه لم يلزمه، وإن اعتقد معناه فهو لازم، لأن الاعتقاد الاختيار[ي][9] لا يتعلق به، والإكراه ثابت إذا أكره على باطل، فإن أكره عى واجب شرعاً فهل يلزمه يمينه أم لا؟ فيه قولان: المشهور أن طلاقه لازم، والإكراه في هذا القسم غير

---

(1) بداية المجتهد 2/ 136 ـ 135؛ القوانين الفقهية ص151، حاشية الدسوقي 2/ 365.

(2) بداية المجتهذ 2/ 136 ـ 135؛ القوانين الفقهية ص151؛ حاشية الدسوقي 2/ 365.

(3) المبرسم: هو الرجل إذا أخذه البرسام ـ بالكسر ـ وهو داء معروف، وقيل إنه ورم حار يعرض للحجاب الذي بين الكبد والمعي ثم يتصل بالدماغ وأصله بالفارسية بروسام، ومعناه ولد الموت، ويقال: بلسام باللّام. ينظر: المصباح المنير 1/ 42؛ المغرب ص42؛ تحصيل ثلج اليقين الورقة: 11/ ظ.

(4) المعونة 2/ 841.

(5) المدونة 6/ 29؛ التفريع 2/ 75؛ الكافي ص262؛ النوادر 5/ 85.

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) سبق تخريجه في كتاب الطهارة.

(8) يقصد: شرح الأحكام الصغرى له.

(9) في النسختين: (الإختيار).

معتبر لوجوب الفعل المكره عليه والشاذ أنه إكراه لا يلزمه به شيء اعتباراً بضرورة الإكراه[1].

قوله: «يخاف من شدة الضرب»: يتعلق به صفة الإكراه، ولا خلاف في المذهب أن كل ما يرجع إلى النفس كالضرب وخوف القتل والسجن إكراه.

واختلف إذا (خاف)[2] على نفس غيره، والمشهور أنه إكراه، كخوفه على نفسه لوجوب حفظه عليه[3]، والشاذ أنه لا يكون إكراهاً والقولان في المذهب أيضاً فيما يرجع إلى الخوف على المال هل هو إكراه أم لا؟ والصحيح أنه إكراه إلا في المال اليسير الذي لا قدر له.

قوله: «وسواء أكره على إيقاعه، أو على الإقرار به»: صورة المسألة الأولى أن يطلق في الحال مكرهاً، وصورة الإقرار أن يكره على الإقرار فيقول: كنت طلقتها، وكلاهما مع تحقيق الإكراه سواء في تحقيق اللزوم.

قوله: «والسكران خارج عن هؤلاء فيلزمه»: واختلف العلماء في طلاق السكران، أو غيره، فالمشهور نفوذ طلاقه[4]. وقال **محمد بن عبد الحكم**: لا يلزمه طلاق ولا عتاق[5]. قال **الإمام أبو عبد الله**: وقد رويت عندنا رواية شاذة لا يلزم[6]. وفصل **القاضي أبو الوليد**: فقال السكران الذي لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة كالمجنون في أفعاله وأحواله (إذ)[7] لا يلزمه طلاق ولا غيره. وأما السكران الذي معه بقية من عقله فلا خلاف في (لزوم طلاقه)[8][9] وعتقه إذ هو [102/ظ] في حال (يجبر)[10] فيها، والمعتمد

(1) المسائل المختصرة من كتاب البرزلي ص222.
(2) في نسخة: «خع»: (كان) عوض (خاف).
(3) القوانين الفقهية ص151.
(4) المدونة 6/ 30؛ التفريع 2/ 75؛ عيون المجالس 3/ 1234؛ بداية المجتهد 2/ 136.
(5) التاج والإكليل 4/ 431.
(6) قولة المازري أوردها ابن شاس في الجواهر الثمينة 2/ 161.
(7) في نسخة: «خق»: (لأنه).
(8) في نسخة: «خق»: (لزومه وطلاقه).
(9) ينظر: نص أبي الوليد بن رشد في الجواهر الثمينة 2/ 161، القوانين الفقهية ص151.
(10) في نسخة: «خع»: (يمين).

عليه من مذهب **مالك** رَحِمَهُ اللَّهُ أن الحدود والقصاص تلزمه، كالطلاق[1]، واستقرأه **اللخمي** من المذهب. واختلف فيمن سكر بسكران أو غيره عالماً أنه يسكر متعدياً في شربه من غير مداواة هل يلزمه الطلاق، لأنه كالتعدي في الخمر، أو لا يلزمه، وفيه نظر.

قال القاضي: «**وعقد الطلاق والعتق بشرط التزويج**»: إلى آخره.

شرح: يتعلق بهذا الفصل حكم العتق والطلاق قبل الملك، وقد اختلف أهل العلم هل يلزم أم لا؟ وفي المذهب في ذلك ثلاثة أقوال[2]:

الأول: إنه لازم مطلقاً عم أو خص، وبه قال أبو حنيفة[3].

الثاني: إنه لازم عم، أو خص.

الثالث: (إنه)[4] لازم إن خص، وغير لازم إن عم، وهو المشهور من المذهب[5]، فإن فصلت فقلت إن عم فقولان: أشهرهما أنه لا يلزم، والشاذ اللزوم، وإن خص فقولان: المشهور: اللزوم، والشاذ نفيه. أما اللزوم مع العموم وهو الشاذ من المذهب، فاعتماد على أنه من باب الشرط والمشروط وهما متلازمان في طرق فقط عقلاً وشرعاً.

وإذا لزم العموم فهو مع الخصوص لازم. وأما نفي اللزوم مع الخصوص فهو رواية **ابن وهب، والمخزومي، وابن عبد الحكم** وغيرهم عن **مالك**[6]. فروى **أبو زيد عن ابن القاسم** أن صاحب الشرط كتب في رجل تزوج امرأة حلف بطلاقها إن تزوجها هل يفسخ نكاحه فكتب إليه ابن القاسم لا نفسخه[7]. وسمعت أشياخنا يحكون أن **المخزومي** حلف أبوه على أمه بمثل هذا ولم يلزمه

---

(1) تحصيل القول في السكران أنه تلزمه الجنايات والعتق والطلاق والحدود ولا تلزمه الإقرارات والعقود، وعليه قول ابن عاصم: لا يلزم السكران إقرار عقود: بل ما جنى عتق طلاق وحدود. ينظر: البهجة 1/ 355.

(2) المنتقى 5/ 408 وما بعدها.

(3) مختصر الطحاوي ص198 ـ 199؛ مختصر القدوري بشرح الميداني 3/ 46.

(4) ساقطة في نسخة: «خع».

(5) المعونة 2/ 842.

(6) المنتقى 5/ 408.

(7) شرح الزرقاني 3/ 276.

شيء، وسئل **مالك بن أنس** عن ذلك فقال: لا شيء عليك[1] وهو قول **سعيد بن المسيب** وغيره، واعتمد هؤلاء على النص والمعنى. أما النص فما روى عن النبي ﷺ قال: **(لا طلاق قبل النكاح)**[2] وفي حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أنه قال: (لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق فأراد أن يتزوجها فأمره النبي ﷺ بذلك وقال: **(لا طلاق قبل النكاح)** وعلى هذا الحديث اعتمد **مالك**، وبه أفتى **المخزومي** وفي إسناده مقال[3]، وأما المعنى فينظر إلى أن الطلاق يستدعي محلاً قابلاً، ولا يتعين الحمل إلا بالعقد فحيث لا عقد لا يصح الطلاق، إذ لا معنى للطلاق لأجل العصمة المنعقدة.

وأشار الأولون إلى أن المحلية حاصلة بالشرط إلى اللزوم ومرتب على الالتزام، والالتزام إنما كان بشرط التزويج فإذا كان الطلاق معلقاً بالتزويج صدقت المحلية المشترطة في اللزوم، ولهذا اتفق المذهب على أن من قال لأجنبية: أنت طالق ولا يريد إن تزوجتك فلا شيء عليه، ولعله المراد بقوله ﷺ: **(لا طلاق قبل النكاح)** يريد نفى اللزوم، ومع نفي التعلق الذي يقتضي النظر. وأما اعتبار تحقيق المحلية وهي غير حاصلة فلا يلزم مطلقاً، أما اعتبار الشرط فيجري مطلقاً، وأما من فرق بين العموم والخصوص فنظر إلى أن اللزوم مع العموم من باب التضييق والحرج الذي رفعه الشرع بخلاف الخصوص (وهو)[4] استحسان، ومقتضى الدليل اعتبار أحد أمرين كما قدمناه، وعلى نحو هذا الاختلاف اختلفوا في اليمين على الملك مثل أن يحلف ألا يشتري مملوكة (فقيل)[5] لا يلزمه اليمين مطلقاً، عم أو خص ملاحظة لما أشرنا إليه، ولأن ذلك حرج مرفوع شرعاً، وقيل يلزم مطلقاً، لأن الحرج مرفوع ببقاء نوع من المنكوحات.

---

(1) المنتقى 5/ 408.

(2) حديث: **(لا طلاق قبل النكاح)**. سنن الترمذي، كتاب الطلاق، باب ما جاءه طلاق قبل النكاح، حديث (1181) 3/ 486.

(3) ينظر: تحفة المحتاج 2/ 399؛ العلل المتناهية 2/ 641.

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) في نسخة: «خق»: (فقال).

والقول الثالث: اللزوم في الخصوص ونفيه مع العموم بناء على ما قدمناه.

نكتة: مبنى الخلاف في لزوم الطلاق قبل الملك على الولاية على المحل تعليقاً هل هي كولاية عليه تحقيقاً أم لا؟ وفيه قولان أصحهما أنهما مختلفان. المشهور من المذهب التسوية بين التحقيق والتعليق مع الخصوص.

نكتة: الذين قالوا باللزوم جعلوا التحقيق شرطاً في النفوذ والوقوع [103/و] لا في اللزوم، وجعلوا اللزوم حاصلاً مع التحقيق والتعليق معاً.

قوله: «**وذلك بثلاثة (أوجه)**[1] **أحدها أن يعين صفة من الجنس من نسب أو خلقة**» صورة الأولى قرشية أو تميمية أو نحوه، وهذا راجع إلى باب الخصوص لأنه أبقى لنفسه قبائل كثيرة. واختلف المذهب إذا أبقى لنفسه قبيلة صغيرة، أو بلد صغير على قولين: اللزوم، ونفيه لأنه من باب الحرج. وصورة الثانية أن يقول كل بكر، أو كل ثيب ونحو ذلك فهو خصوص كله واختلف الرواية إذا قال: كل بكر أتزوجها وكل ثيب طالق، فحكى أبو الطاهر في هذه الصورة ثلاث روايات[2]:

إحداها: إنه يلزمه في الجميع بناء على عموم اللزوم ففي المحلين تحكماً للشرط.

الثانية: إنه لا يلزمه في الجميع بناء على أن الطلاق قبل الملك لا يلزم لتفقد المحلية الشرعية.

الثالثة: اللزوم في النوع الأول دون الثاني، إذ بالثاني وقع الحرج.

فرع: إذا قلنا إنه لا يلزم مع الخصوص فتزوج أحداً بأحد القولين، فهل يفسخ النكاح أم لا؟ فيه قولان مبنيان على مراعاة الخلاف.

قوله: «**والثاني أن يعين بلداً بعينه**»: وهو كما قدمناه أنه إن استثنى بلداً كبيراً لنفسه فهو لازم، وإن أبقى بلدة صغيرة فيه قولان كما تقدم. ومن

---

(1) في نسخة: «خق»: (شروط) وما أثبته من نسختي: «خع» و«ق».

(2) ينظر: نص أبي الطاهر في كتاب الجواهر الثمينة 2/ 179.

هذا النمط أن يبقى لنفسه امرأة واحدة فيقول كل امرأة أتزوجها طالق إلا فلانة بعينها[1].

وتحصيل القول أن هذه المبقاة إن كانت زوجه فقولان: أحدهما: أن ذلك لا يلزمه، لأن ذلك حرج وعموم، فلا يلزم بناء على الأصل في عدم اللزوم مع العموم، والثاني اللزوم لأنه قد أبقى لنفسه ما يرفع الحرج بوجوده. وإن كانت أجنبية فثلاثة أقوال[2]: اللزوم بناء على أن اللزوم مع العموم، ونفيه بناء على أنه حرج مرفوع شرعاً. والثالث أنها إن كانت متزوجة لم يلزم لأنه (إذ)[3] لا سبيل (إلى وطئها في الحال)[4]، وإن كانت غير متزوجة لزم، لأنه من باب الخصوص، وإذا أبقى لنفسه الإماء فقال: كل امرأة أتزوجها من الحرائر طالق[5]، وهذا راجع إلى التقييد بالصفة، والمشهور اللزوم، لأنه خصوص، وقيل لا يلزم لأنه عموم (نوعاً)[6] ونكاح الأمة رذالة، والإلزام خارج من (. . .)[7].

فرع: ومن ذلك أن يقول أول امرأة أتزوجها طالق المشهور اللزوم لأنه خصوص. ولو قال آخر امرأة أتزوجها طالق فهل يلزمه أم لا؟ فيه قولان.

أحدهما: أنه لا يلزم وهو بمنزلة من عم، كلما تزوج امرأة طلقت عليه لاحتمال أن تكون الآخرة. والثاني: أنه لا يلزم ويوقف عمن تزوج لاحتمال أن تكون الآخرة، فإذا تزوج غيرها حلت له الأولى (وأوقف)[8] عما بعدها وهكذا أبداً حكاه **أبو الطاهر** بهذا اللفظ[9]. ولو قال أول امرأة

---

(1) المنتقى 5/ 409.
(2) المصدر نفسه 5/ 409.
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) في نسخة: «خق»: (في الحال على وطئها) تقديم وتأخير.
(5) النوادر 5/ 117.
(6) كذا. ولعل الصواب «بالنوع».
(7) بياض في النسختين بقدر كلمة.
(8) في نسخة: «خق»: (وواقف).
(9) الجواهر الثمينة 2/ 179.

وآخرها طلقت الأولى، ويختلف في اللزوم ليمينه في الثانية وما بعدها.

قوله: «**والثالث أن يضرب أجلاً يبلغه عمره**»: وهذا كما ذكره. وتحصيل القول فيه أنه إن كان يبلغه عمره فلا يخلو أن يبلغه في حال الهرم أم لا فإن بلغه في حال يقدر فيه على الجماع لزمه اليمين، وإن كان لا يبلغه إلا في حال الهرم ففيه قولان: أحدهما: أنه لا يلزم، لأن ذلك كالعموم. الذي يوجب الحرج غالباً، والثاني: اللزوم بناء على مراعاة الاستثناء الرافعة للعموم المقترن بالحرج والمشقة. ولو علقه بحياة غيره من أجنبي، أو زوجة فهل يلزمه أم لا؟ فيه تفصيل. أما إذا علقه بحياة أجنبي فقال: كل امرأة أتزوجها ما دام فلان حي (فهي)[1] طالق فالمشهور اللزوم، لأنه من باب الخصوص، والشاذ نفي اللزوم[2] لاحتمال موت فلان في حياة الحالف فيلحقه بذلك الحرج المرفوع شرعاً. وأما إذا قال [103/ظ] لامرأته: كل امرأة أتزوجها عليك طالق ما دامت لي زوجة، فهو لازم لأنه خصوص الخصوص، وقيل في المذهب لا يلزم بناء على ما ذكرناه من احتمال موته قبل موتها. وإن جعله حياتها وبعدها فلا يلزم بعد الموت لما فيه من الحرج البين، وهل يلزمه في الحياة أم لا؟ فيه قولان مبنيان على ما قدمناه إذا جعله حياة غيره.

قال القاضي: «**الطلاق على ضربين معجل**»: إلى قوله: «**فأما تعليق**».

شرح: الطلاق المعجل كما ذكره، وذكر أن المؤجل على خمسة أقسام[3].

الأول: الموقف على شرط ممكن، ولا خلاف في وقوع الطلاق على وجوده كما مثل به القاضي.

الثاني: المعين بالأجل لا بد أن يأتيه كمجيء الشهر ونحوه. واختلف العلماء في تعجيل الطلاق في هذا القسم، فقال مالك وجميع أصحابه يعجل، وإن بقى إلى آخر الأجل صار مضارعاً لنكاح المتعة. وقال **الشافعي**: لا يعجل

---

(1) في النسختين: (فهو).

(2) النوادر 5/ 120 ـ 121؛ المنتقى 5/ 411 ـ 412.

(3) ينظر: القوانين الفقهية ص153 ـ 154.

بل يبقى إلى أجله[1] واستقرأه الإمام أبو عبد الله من المذهب. فإن علقه بأجل لا يبلغه عمره فقال أنت طالق إذا انقضت خمس مائة عام، فحكى القاضي فيه روايتين[2]. **إحداهما**: أنه لا يلزمه توفية لمقتضى الشرط.

والثانية: أنه يلزمه في الحال كالهازل. وفي هذا النمط أن يقول أنت طالق إن مت، والمشهور لا يلزم، وقيل يلزم، لأنه هازل، وهذا الطلاق جد.

والثالث: أن يعلقه بغالب مجيئه كالحيض، والطهر، ووضع الحمل، وحكى القاضي وغيره فيه روايتين.

أحدهما التنجز في الحال، والأخرى الوقوف (على)[3] مجيء الصفة وهما مبنيان على مراعاة الصورة النادرة.

والرابع: أن يقول لها أنت طالق إن لم تكوني حاملاً، أو إن لم تمطر السماء، وإن لم يكن في هذه اللوزة توأم، فإن لم يوجد ما حلف عليه ففي وجوب الحنث عليه في هذه الصورة قولان في المذهب، أحدهما: اللزوم مطلقاً، لأنه حلف على غيب، والثاني: أنه لا يلزمه لمطابقة المحلوف عليه.

والخامس: صفات الهزل، ومثله القاضي بقوله: إن لم يكن هذا الإنسان إنساناً، وإن لم تكن الساعة نهاراً وهذا لازم لأنه من الهزل المخلف في هذه القول وعد بالحق.

قال القاضي: «**فأما تعليق الطلاق بالمشيئة**»: إلى قوله: «**وألفاظ الطلاق**».

الشرح: قد تقرر من قواعد المذهب أن الاستثناء بمشيئة الله تعالى لا تنفع إلا في اليمين بالله، أو ما فيه كفارة، والدليل على أنه يرفع حكم اليمين بالله ما خرجه البخاري في صحيحه من حديث أبي موسى أن النبي ﷺ قال: (**والله لأغزون قريشاً، والله لأغزون قريشاً، والله لأغزون قريشاً ثم قال إن شاء الله**) وفي رواية: (**ثم سكت ساعة ثم قال إن شاء الله**)[4] والاتصال أصح والله أعلم.

---

(1) حواشي الشرواني 8/ 93.

(2) التلقين ص95.

(3) في نسخة: «ق»: (إلى) عوض (على).

(4) حديث: (**والله لأغزون قريشاً...**) وفي رواية: (**ثم سكت ساعة ثم قال إن شاء الله**). =

قال أصحابنا والفرق بين اليمين بالله، ويبن الطلاق حيث ينفع الاستثناء بمشيئة الله في اليمين بالله ولم ينفعه في الطلاق من جهة أن لفظ اليمين بالله لا يتعلق به وحده حكم بخلاف لفظ الطلاق فإنه قد تعلق بلفظ حكم الطلاق فإذا وقع على حمله لم يصح رفعه، إذ الماضي لا يرفع، وكان كاليمين على الماضي الذي لا يرفع بحكم المشيئة.

قوله: «وسواء أطلق، أو كان في يمين»: (وهذا كما ذكره)[1] أما إذا أطلق فمثل أن يقول: أنت طالق إن شاء الله، وإن كان في يمين فمثل أن يقول إن فعلت كذا فأنت طالق إن شاء الله.

قوله: «وهذا إذا أعاد الاستثناء إلى الطلاق»: فإن عاد إلى الفعل المحلوف عليه ففيه خلاف مثل أن يقول: أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله. فالمشهور أن هذا الاستثناء لا ينفع، والشاذ أنه إن صرفه إلى الفعل نفعه، وهو قول عبد الملك، وهو الصحيح في النظر.

قوله: «وما مشيئة من لا تصح مشيئته كالشاة»: إلى آخره هذا فيه قولان: أحدهما: أن الطلاق لا يلزم اعتباراً [104/و] بالشرط، وهو قول **ابن القاسم**، وقول **سحنون** وغيره يلزمه الطلاق لأنه كالهازل[2]، وكذلك إذا علقه على مشيئة من لا يعلم بمشيئته أن يقول: أنت طالق إن شاءت الملائكة أو شاء الجن، ففيه قولان: اللزوم لأنه كالهازل، والثاني: نفي اللزوم تحقيقاً لمعنى الشرطية[3]. ولو قال أنت: طالق إلا أن يشاء زيد، فالمشهور وقوع الطلاق ولا ينفعه الاستثناء، لأنه ورد بعد وقوعه. والثاني: إيقاف الطلاق على المشيئة اعتباراً بصورة لفظه.

قوله: «ويجوز استثناء العدد من الطلاق»: من غير اعتبار بكون

= سنن أبي داود، كتاب الأيمان والنذور، باب الاستثناء في اليمين بعد السكوت، حديث (3285) 3/ 231؛ سنن البيهقي، كتاب السبق والرمي، باب الاستثناء 10/ 47؛ صحيح ابن حبان 10/ 185.

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) النوادر 5/ 130.

(3) التفريع 2/ 82؛ الكافي ص266؛ المعونة 2/ 844.

المستثنى أكثر من المبقى، أو أقل فلا خلاف في صحته شرعاً ولغة. فإن استثنى الأكثر من الأقل مثل أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين فهل ينفعه هذا الاستثناء أم لا؟ فيه قولان[1] مبنيان عى خلاف الأصوليين في صحة هذا الاستنثاء.

قوله: «**وإن لم يبق شيء**»: يعني أن يصدر منه لفظ الاستثناء من غير أن يقصد معناه.

قوله: «**وفي وقوع الطلاق بمجرد عقد القلب خلاف**»: وتحصيل القول في ذلك أن الطلاق إن كان بلفظ ونية لزم بلا خلاف، وإن انفرد أحدهما مثل أن يطلق باللفظ دون النية، أو بالنية دون اللفظ ففيه قولان: المشهور أن اللفظ كاف في لزوم الطلاق قرنته النية أو لم تقارنه، وأما إذا طلق بنية من غير لفظ فالمشهور أنه لا يقضى عليه بالطلاق، وقد قيل يلزمه، لأن النية هي المنظور إليها[2].

قال القاضي: «**وألفاظ الطلاق أربعة**»: إلى قوله: «**وتبعيض الطلاق**».

شرح: أجمع المالكية على أن للطلاق ألفاظاً صريحة وكناية، أما الصريح فاختلف (المذهب)[3] فيه على قولين: أحدهما أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ: الطلاق، والفراق، والسراح. واختار **ابن القصار** أن الحرام والبَتْلِ صريح كالطلاق[4].

وفائدة الفرق يبن الصريح والكناية أن الصريح لا يقبل التأويل بخلاف الكناية على ما فيها من تفصيل.

ثم قسم (القاضي)[5] الكناية إلى قسمين: ظاهرة، ومحتملة، فالظاهرة ما جرى العرف أن يقع الطلاق به شرعاً، والمحتملة عكسه.

(1) النوادر 5/ 130؛ بداية المجتهد 2/ 133؛ المعونة 2/ 846.
(2) التفريع 2/ 78؛ الكافي ص265؛ المعونة 2/ 846؛ المقدمات 1/ 578، 498؛ القوانين الفقهية ص153.
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) عيون المجالس 3/ 1210؛ المقدمات 1/ 578؛ المنتقى 5/ 189.
(5) ساقطة في نسخة: «خق».

قوله: «كقوله أنت طالق، أو أنت الطلاق»: يريد ما اشتق من هذا المصدر الذي هو الطلاق، ولا يقبل في ذلك دعواه أنه لم يرد الطلاق إلا أن تبينه قرينة الحال مثل أن تكون في وثاق فيقول: (أنت)(1) طالق يريد من وثاق، فيقبل قوله فهو صريح في لفظ الطلاق، وجعله بعض شيوخنا صريحاً في عدد الطلاق، ولعله أراد إذا سمى عدداً، فإذا قال لها: أنت طالق فهي واحدة فهل يستظهر عليه باليمين، فيه قولان جاريان على أيمان التهم حكاهما أبو الطاهر. وإذا أراد أكثر من واحدة فهو كذلك لصراحة اللفظ واحتماله، فإن كرر هذا اللفظ، فقال: أنت طالق، أنت طالق إذا كرر عليه الطلاق، إلا أن يدعي التوكيد(2) فيقبل قوله، وهل يستظهر عليه باليمين أم لا؟ فيه قولان جاريان على أيمان التهم. ولو قال قبل الدخول بها: أنت طالق فكرر ذلك، فإن فصله ولم ينسقه لم يلزمه إلا واحد، لأنها بانت منه، فصارت في عدم القبول كالأجنبية، وإن كرر ذلك نسقاً فهل يلزمه ثلاث فيه قولان: المشهور أنه يلزمه لقول **(ابن عمر)**(3) الواحدة تبينها، والثلاث تحرمها، فكأنما وقعت جملة واحدة، والشاذ أنه لا يلزمه إلا واحدة لحصول البينونة بالواحدة قبل الدخول.

قوله: «أنت خلية، (أو بريئة، أو بتة أو بتلة، أو بائن أو حرام أو حبلك)(4) على غاربك»: قلت هذه الألفاظ من الكنايات الظاهرة إلا أن بعضها أجل من بعض، فأدل على البينونة المطلقة فلو فصل القول فيها لكان أفضل. أما إذا قال لها خلية أو برية، أو بائن، أو حبلك على غاربك(5) فهي ألفاظ سواء، وقد [104/ظ] اختلف في مقتضاها على ثلاثة أقوال:

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) عيون المجالس 3/ 1236؛ القوانين الفقهية ص152.

(3) كذا في النسختين، ولعل الصواب: (عبد الله بن عمرو بن العاص). ينظر: المنتقى 5/ 197.

(4) في نسختي «ق» و«غ»: (وبريئة، أو بتة أو بائن، وحرام، وحبلك).

(5) الغارب: من البعير أسفل السنام، وهو ما انحدر من العنق، وكانت العرب في الجاهلية يطلقون نساءهم بهذا الكلام، ومعناه أمرك في يدك، فاصنعي ما شئت، فقد انقطع سببك من سَبَبِي. ينظر: المنتقى 5/ 194.

الأول: أنه ينوي في جميعها في المدخول بها، وغير المدخول بها، فإن نوى شيئاً كان ما نوى، وإن لم ينو شيئاً فهو ثلاثة على المشهور احتياطاً، أو واحدة.

والقول الثاني: أنه ثلاثة في المدخول بها.

والثالث: أنه واحدة في المدخول بها وغير المدخول بها، إذ لا دلالة للفظ على الثلاث وإذا قلنا إنه واحدة فهل يكون بائنة لحصول البراءة التي هي مقتضى اللفظ أو رجعة، إذ البينونة المدخول بها متوقفة على العوض فيه قولان عندنا[1]، وأما لفظ البتة والبتلة فلا خلاف في مذهب **مالك** أنه في المدخول بها ثلاث فلا ينوي إذ هو مقتضى لفظ البتة الذي هو القطع، وأما غير المدخول بها فهو ينوي فيها إذا قال أردت واحدة أم لا فيه قولان: المشهور أنه لا يقبل[2]. وأما لفظ الحرام مثل أن يقول: أنت علي حرام، فقد اختلف العلماء فيه اختلافاً مشهوراً ذكرناه في المطولات. وفي المذهب خمسة أقوال[3]:

الأول: أنها ثلاث، إذ لا يحصل التحريم بدونها عندنا.

الثاني: إنها واحدة بائنة، لأن معنى التحريم حاصل بالبينونة.

الثالث: إنه واحدة رجعية، وهو قول عبد العزيز بن أبي سلمة.

الرابع: أنه ينوي في غير المدخول، وهو في المدخول بها ثلاث.

قوله: **«وهو في المدخول بها ثلاث»**: إشارة إلى جميع ما مثل به من ظاهر إلا في لفظة الحرام وقد ذكرنا الخلاف في البتة. وأما خليتك، وسرحتك، وفارقتك فينوي في جميعها في غير المدخول بها، وفي المدخول بها ثلاثة أقوال[4]: فقيل ثلاث: (إلا أن ينوي واحدة، وقيل ثلاثة)[5] ولا ينوي، وقيل واحدة رجعية، أو بائنة على قوله.

---

(1) النوادر 5/ 150 ـ 152.

(2) التفريع 2/ 74؛ عيون المجالس 3/ 1220؛ المنتقى 5/ 191.

(3) الاستذكار لابن عبد البر 17/ 36؛ بداية المجتهد 2/ 129؛ القوانين الفقهية ص153.

(4) المنتقى 5/ 199 ـ 204.

(5) ساقطة في نسخة: «خع».

والثالث: هي الكنايات المحتملة، وهذا القسم لا خلاف فيه، في أن تفسيره فيه مرجوع إليه إلا أن تكذبه قرينة الحال.

قوله: «والرابع الطلاق بغير ألفاظه»: كقوله: اسقني ماء ونحوه، فإن لم ينو بهذا اللفظ طلاقاً لم يلزمه شيء، وإن نوى به الطلاق لزمه الطلاق[1] إلا أن الأشياخ اختلفوا هل هو طلاق بالنية، أو باللفظ والنية معاً. ولو قال: إن فعلت كذا فلا عصمة بيني وبينك للزم بذلك الطلاق لظاهره ودلالته على ذلك. وقول القاضي: ففي وقوع الطلاق به خلاف فيه نظر، أما إذا أراد به الطلاق فلا خلاف في وقوع الطلاق، وإنما الخلاف كما ذكرنا هل هو طلاق بالنية واللفظ، أو بالنية فقط إلا أن يشير القاضي إلى الخلاف في وقوع الطلاق بالنية لعدم دلالة اللفظ على الطلاق، فهو صحيح.

قال القاضي: **«وتبعيض الطلاق كتكميله»**: إلى قوله: **«والرجعة بوجهين»**.

شرح: وتبعيض الطلاق أن يقول: أنت طالق نصف طلقة، أو ربع طلقة ونحوه، فتكمل عليه الطلقة بلا خلاف. ولو قال أنت طالق نصفي طلقة، أو نصف طلقتين لوقعت الواحدة ولو قال لها: أنت طالق طلقة وربع طلقة وسدس طلقة فهي إذا ثلاث تطليقات. والطلاق بالحساب معتبر بالضرب. مثل أن يقول: أنت طالب واحدة في واحدة فهي واحدة، إذ الواحدة لا مضاعق لها في مثله. ولو قال لها أنت طالق اثنين في اثنين فهي ثلاث لبطلان الرابعة.

قوله: «وإذا كتب الطلاق بيده»: يتعلق به حكم الطلاق بالكتاب، ولا يقع الطلاق بالكتابة إلا أن يكتبه عازماً على الطلاق لا متروياً[2]، ويريد فإن كتبه متروياً متردداً، ثم أخرجه من يده عازماً لزمه به الطلاق. وإن شك على أي حالة هل على الشك، أو على الجزم، فهل يقع عليه الطلاق احتياطاً أم لا؟ المذهب فيه على قولين.

واختلف الأشياخ في صفة كتاب الطلاق في الكتاب فقال بعضهم يكتب

---

(1) القوانين القفهية ص152.

(2) القوانين الفقهية ص153.

لها بتنجيز الطلاق، واختار بعضهم ما روى عن **أشهب** أن يكتب لها: إذا وصلك كتابي وأنت طاهر فأنت طالق، وإن وصلك الكتاب وأنت حائض، فأنت طالق إن طهرت.

وههنا فروع: إذا أخرج الكتاب من يده غير عازم على الطلاق فله استرجاعه [105/و] ما لم يبلغ المرأة فيلزمه، وفي المذهب أنه إذا أخرجه من يده لزمه، وإن كان غير عازم صار الكتاب به كالنطق، والإشهاد، وقع ذلك في كتاب **محمد**(1).

ولو باع امرأته فقال **ابن القاسم**: هو طلقة بائية قال: وبلغني ذلك عن **مالك** وروى **ابن وهب** أنه لا يكون ذلك طلاقاً، وقال **ابن عبد الحكم وأصبغ** تحرم عليه بطلاق وتعد به.

وروى عن **أصبغ** أنه إن باعها هازلاً فليس بطلاق، وإن كان غير هازل فهو البتات(2).

ثم ذكر القاضي أن لفظ الطلاق المطلق محمول على ما أراد، فإن لم يرد شيئاً فهو واحدة وقد تقدم ذلك.

وقد اختلف الناس في انهدام العصمة الأولى بالتزويج. لا خلاف في مذهب مالك أنها لا تهدم إلا بالثلاث(3). ثم ذكر مسائل الشك للطلاق.

وتحصيل القول في ذلك إما أن يتيقن اليمين، والحنث، أو يشك فيهما. أو تيقن اليمين ويشك في الحنث، فإن (تيقن)(4) اليمين، والحنث معاً فلا إشكال، والشك فيهما لم يجب عليه شيء، وهل يؤمر بالفراق احتياطاً(5) أم لا؟ فيه قولان: الصحيح أنه لا يؤمر لقوله ﷺ: **(لا حتى تجد ريحاً، أو**

---

(1) النوادر 5/ 91 ـ 92.

(2) ينظر: هذه الأقوال في القوانين الفقهية ص153.

(3) التفريع 2/ 78؛ الكافي ص269؛ عيون المجالس 3/ 1247 ـ 1248؛ بداية المجتهد 2/ 148.

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) التفريع 2/ 86.

تسمع صوتاً) وإذا قلنا إنه يؤمر بالفراق فهل يجبر عليه أم لا؟ قولان: أحدهما وجوب الفراق، إذ لا يجوز الإقدام على وطء مشكوك فيه. الثاني: أنه لا يجبر على الفراق اعتماداً على أن الشك لا يرفع اليمين السابق، فإن تحقق انعقاد اليمين عليه وشك في تعينها دليلاً مثل أن يتيقن أنه حلف ولم يعلم ما حلف به، قال أصبغ وغيره يجبر على التزام الأيمان كلها إلا ما لا تجر عادة اليمين به فيجبر على الصدقة والمشي إلى مكة والعتق المشهور من المذهب أنه يؤمر بالتزامها ولا يجبر على ذلك.

وحكى بعض المتأخرين من الأشياخ أنه لا يؤمر بذلك. وقال **ابن المواز** من حلف بيمين ثم شك في بره، أو حنثه فهو حانث ما لم [يكن][1] يمينه بالله تعالى.

فرع: إذا قال: إذا كان هذا الطير غراباً فامرأتي طالق وقال آخر: إذا لم يكن غراباً فامرأتي طالق، وأشكل، فقد حنث جميعاً إلى (أن)[2] يدعيا أن ذلك (سهو)[3] ويحلفا عليه.

قوله: «وإذا شك في مراده بلفظ الطلاق من أعداده كان ثلاث»: هذا هو المشهور كما ذكره (أنه)[4] يجب عليه (البتات)[5]، إذ لا تصح الإباحة مع الشك احتياطاً. قال **ابن القاسم**: وأرى إن ذكر وهي في العدة أنه لم يطلق إلا واحدة، أو اثنتين أنه يكون أملك بها، فإن انقضت العدة قبل أن يذكر فلا سبيل إليها. وإن تذكر بعد انقضاء العدة إنما طلق طلقة أو طلقتين فهو خاطب من الخطاب، وهو مصدق في ذكل ولا أحفظه عن **مالك**[6].

فرع: إذا وقع الثلاثة في مسألة الشك فثبت طلاقه في النكاح الثاني حلت بعد زوج وسقط عنه حكم الأول بكل حال، وإن لم يثبت طلاقها فطلقها

---

(1) ساقطة في نسخة: «خع».
(2) ساقطة في نسخة: «خق»، وفي نسخة: «خع»: (أنه) ولعل الصواب ما أثبته.
(3) في النسختين: (سهماً) كذا ولعل الصواب هو المثبت.
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) في نسخة: «خق»: (الثبات).
(6) المدونة 6/ 13.

طلقة واحدة حرمت عليه إلا بعد زوج كانت واحدة كالثلاث في هذه الصورة، وهل يتكرر عليه ذلك أبداً ولو بعد مائة زوج (أو يزول حكم الشك بعد ثلاثة أزواج، فيه قولان، مذهب المدونة أنه باق ولو بعد مائة زوج) ما لم يثبت طلاقها لدوران الشك الأول ما بعدت الأزواج، واختار المتأخرون دورانه مع ثلاثة أزواج، ثم يزول فيما بعد ذلك، وهو قول. . . .[1] **وأشهب وابن وهب.**

وهذه المسألة يعرفها الفقهاء بمسألة الدور[2]. قال **ابن وهب** إذا طلقها ثلاث تطليقات منفردات كان كما لو طلقها ثلاثاً مجتمعة.

قوله: «وإذا حلف بالطلاق على شيء فطلقها، ثم تزوجها عادت اليمين عليه ما بقي من الطلاق الحلوف به شيء»: لأنه عصمة واحدة وهذا أصل المذهب ولا خلاف فيه.

قال القاضي: **«والرجعة[3] بوجهين»**: إلى آخر الفصل.

شرح: الرجعة ثابتة في كل طلاق [105/ظ] بعد الدخول قصر عن العدد الكامل، ولم يقارنه فداء[4]. ولا خلاف أنها تثبت بالقول والفعل والنية والإشهاد، فإن اجتمعت هذه الأربعة، فلا خلاف في صحة الرجعة، وإن نقص منها الإشهاد فالمشهور أن الرجعة صحيحة بناء على أن الإشهاد على الرجعة ليس بواجب[5].

وحكى **القاضي أبو بكر** عن شيخه **القاضي إسماعيل** أن الإشهاد على الرجعة واجب لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2] فإن انفردت النية فالمذهب أن الرجعة لا تصح، واستقرأ **اللخمي** أنها لا تصح بناء

---

(1) بياض في النسختين.

(2) تسمى أيضاً: المسألة الدولابية. ينظر: المعونة 2/ 856؛ التاج والإكليل 4/ 88؛ الشرح الكبير 2/ 403.

(3) الرجعة: هي رفع الزوج، أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها. ينظر: شرح حدود ابن عرفة 1/ 287.

(4) المقدمات 1/ 544.

(5) عيون المجالس 3/ 1251؛ المقدمات 1/ 545؛ بداية المجتهد 2/ 141؛ القوانين الفقهية ص155.

على لزوم اليمين بالنية[1]. وإن انفرد القول من غير نية، ولا فعل فهل تحصل به الرجعة أم لا؟، فيه قولان. فمذهب الكتاب أن الرجعة صحيحة. قال في الكتاب: إن قال لها قد ارتجعتك، ثم قال لم أنو الرجعة، وإنما كنت لاعباً لزمه الرجعة إن كانت في عدتها[2].

وإن انفرد الفعل ولم يصحبه قول، ولا نية، فالمشهور أنه ليس برجعة والشاذ أنه رجعة. ومبناه على الرجعة هل هي محرمة حتى يرجع أم لا؟. فإن قلنا إن الطلاق الرجعي يقتضي التحريم كان الوطء ارتجاعاً، وإن قلنا إنه لا يقتضيه فلا يكون ارتجاعاً، وإن قلنا إن النية شرط في صحة الرجعة، وكانت النية قارنة للقول والفعل فهي رجعية صحيحة، وإن تقدمت النية بالزمان اليسير فأجراه **اللخمي** على قولين كتقدم النية على الطهارة بالزمان اليسير[3].

ثم ذكر القاضي رحمه الله أن فسخ النكاح ضربان بطلاق وبغير طلاق. وذكر ضابط ذلك، وفائدته، والأمر فيه بَيِّن كما ذكره.

قوله: «ولا يقبل في الشهادة على الطلاق إلا الرجال»: وهذا كما ذكره، لأن الله سبحانه إنما ذكر شهادة النساء في الأموال فتقر حيث أقرها الله. وأما مواضع الضرورة فالحكم (فيه)[4] للمقتضى لا للأصل، إذ الشريعة رفعت الحرج في قواعد الأحكام، فلذلك جاز شهادتهن في عيوب النساء وغيره من الاستهلال والولادة، لأنها موضع ضرورة.

قوله: «وإذا اختلفا في الزمان والمكان»: يتعلق بهذا الفصل (حكم)[5] تلفيق الشهادة المختلفة، وقد اختلف المذهب في ذلك على ثلاثة أقوال[6]:

أحدها: أن الشهادة تلفق على كل حال كانت على الأقوال، أو على الأفعال، أو بعضها على الأقوال، وبعضها على الأفعال.

---

(1) التبصرة 3/ 151/ ظ، مخطوط خزانة الجامع الكبير بمكناس رقم (191).
(2) المدونة 5/ 324.
(3) التبصرة للخمي 3/ 151/ ظ مخطوط خزانة الجامع الكبير رقم (191).
(4) ساقطة في نسخة: «خع».
(5) ساقطة في نسخة: «خع».
(6) الشرح الكبير 2/ 404.

والثاني: أنها لا تلفق مطلقاً.

والثالث: أنها تلفق على الأقوال دون الأفعال. فإن فصلت قلت إن كانت الشهادة على قول فقولان: المشهور التلفيق لاتفاق (مضمونها)[1] والشاذ نفي التلفيق لاختلاف الأسباب والمواطن. وإن كانت على (فعلين)[2] فقولان: المشهور نفي التلفيق، لأن الأفعال متباينة، والشاذ التلفيق نظراً إلى اتفاق مقتضى الشهادات، وإن كانت على قول وفعل فقولان أيضاً مبنيان على ما تقدم.

قوله: **«ولا يجب كمال المهر بالخلوة دون المسيس»**: والقول قولها عند التداعي (على)[3] ظاهر المذهب. يتعلق بهذا الفصل إرخاء الستور، وأصل مذهب **مالك** أنه لا يكمل الصداق[4] بنفس إرخاء الستور إلا على صفة دون صفة.

وتحصيل القول في ذلك أنه لا يخلو أن تتحقق الإصابة، أو يتحقق عدمها، أو يختلف الزوجان في ذلك، فإن تحققت الإصابة فإما أن يكون في المحل المعتاد بالآلة المعتادة أم لا، فإن تحققت في المحل المعتاد بالآلة المعتادة، وجب تكميل الصداق بلا خلاف، فإن أصابها بإصبع أو غيره فلا يخلو أن تكون بكراً أو ثيباً؟، فإن كانت ثيباً لم يكمل الصداق بلا خلاف، وإن كانت بكراً فهل يكمل لها الصداق أم لا؟ فيه قولان:

أحدهما: التكميل لإتلاف البكارة، لأنها قد شانها.

والثاني: نفي التكميل، لأنه عيب (لا)[5] يتحصل به مقصود الواطئ، وإن أصاب بالآلة المعتادة في غير المحل المعتاد كمن يهينها في الدبر، فهل يكمل الصداق أم لا؟ فيه قولان: التكميل ونفيه، بناء على أن المقصود [106/و] من الواطئ هل هو حاصل أم لا؟ وبنى الشيخ **أبو الطاهر** على جواز الوطء في الدبر. وهذا بناء مذموم.

---

(1) في نسخة: «خق»: (مضمونهما).

(2) في نسخة: «خق»: (فعل).

(3) في نسخة: «خق»: (في) عوض (على).

(4) في نسخة: «خق»: زيادة (إلا).

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

وإن تحقق عدم الإصابة فلا يخلو أن يطول مقامها عنده أم لا؟ فإن لم يطل فقولان: نفي التكميل لعدم المسيس، وإثباته لحصول التمكين، وإن طال فقولان المشهور التكميل بما أبلى من جهازها وأتلف من (صغارها)[1]. والثاني نفي التكميل، وهو مقتضى ظاهر القرآن، قال الله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ إلى قوله: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: 237]. وإن أشكل الأمر، ووقع التداعي في الوطء ولا خلوة، فالقول قول الزوج، وإن كانت الخلوة فإما أن تكون خلوة (اهتداء)[2][3] أو خلوة زيارة، فإن كانت خلوة اهتداء وهي ثيب، فالقول قولها بلا خلاف[4] (تحكيماً)[5] للعادة كما ذكرناه. والثاني: أنه ينظر إليها النساء تغليباً لحق الزوج، وإن كانت خلوة زيارة ففيه أربعة أقوال[6]:

الأول[7]: إن سافر إلى أحدهما فالقول قوله نظراً إلى الأصل.

الثاني: أن القول قولها نظراً إلى الغالب.

الثالث: أن الدخول إن كان في بيته فالقول قولها تحكيماً للعادة، وإن كانت في بيتها فالقول قوله، لأن الغالب عدم الوطء في بيتها.

الرابع: أن القول قولها إن كانت ثيباً، وإن بكراً نظر إليها النساء. وإذا جعلنا القول قولها فهل بيمين، ففيه قولان مبنيان على الاختلاف في العادة. هل هي كشاهد، أو شاهدين، فإن تصادقا على الوطء وجبت العدة بلا خلاف، وإن تصادقا على نفس المسيس في خلوة الاهتداء وجبت العدة لاتهمهما على أن يكونا نقضاً للعدة التي فيها حق الله تعالى.

---

(1) في نسخة: «خق»: (سعارها).

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) خلوة اهتداء: من الهدء والسكون، لأن كل واحد من الزوجين سكن للآخر واطمأن إليه، وخلوة الاهتداء هي المعروفة بإرخاء الستور. ينظر: حاشية الدسوقي 2/ 301.

(4) حاشية الدسوقي 2/ 301.

(5) في نسخة: «خق»: (تحكما).

(6) الفواكه الدواني 2/ 36.

(7) بياض في نسخة: «خق».

واختلف المذهب أيضاً إذا تَقَارَرَا على نفي المسيس في خلوة الزيارة. فقال **ابن القاسم**: العدة واجبة. وقال **ابن الماجشون**: لا عدة عليها لاتفاقهما على نفي وجوبها.

واختلف المذهب أيضاً إذا وافقته على نفي المسيس وهي سفيهة لا يجوز إقرارها على نفسها، فالمشهور قبول قولها[1] إذ لا سبيل إلى العلم بذلك إلا من قبلها، والشاذ أنه (لا يقبل)[2] قولها لأنها (تصرفه)[3] في مال، وذلك محجور على السفيه.

قال القاضي: «**وإذا أعتقت الأمة تحت العبد فلها الخيار**».

شرح: الأصل في تخيير الأمة إذا أعتقت، حديث بريرة[4]: (**قالت عائشة كانت في بريرة ثلاث سنن إحداها أنها أعتقت تحت زوجها فخيرها رسول الله ﷺ أن تقيم أو تفارق**)[5].

واختلفت الأحاديث هل كان زوجها حراً، أو عبداً، والصحيح أنه عبد، وهي رواية واقعة في مذهب **مالك**[6] ومبناه على الخلاف في علة التخيير هل هي نقص الزوج بالعبودية، أو خيرها على التزويج حين العقد، فمن غلب النقص نفى الخيار، فهل فسخ أو طلاق، المشهور أنه طلاق لأنه أمر اختياري، والشاذ أنه فسخ حكمي، وهل لها أن تكمل، أو ليس لها إلا الواحدة ففيه قولان المشهور أنها واحدة، وليس لها أن تقضي بأكثر من ذلك، وهل يكون بائنة أو رجعية ففيه قولان في المذهب، المشهور أنها بائنة[7] إذ

(1) مواهب الجليل 3/ 507.
(2) ساقطة فقي نسخة: «خق».
(3) في نسخة: «خق»: (تصرف).
(4) بريرة مولاة أم المؤمنين عائشة ﵂، صحابية مشهورة عاشت إلى خلافة يزيد بن معاوية. ينظر: تهذيب التهذيب 12/ 403.
(5) حديث بريرة: صحيح مسلم، باب الولاء لمن أعتق، حديث (1504)؛ سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، حديث (2076) 1/ 671.
(6) التمهيد 3/ 59.
(7) المصدر نفسه 3/ 53.

بها يحصل المقصود، والشاذ أنها رجعية، إذ لا موجب للبينونة، ولا خلاف أنها إن أمكنته من نفسها عالمة بالحكم الشرعي طائعة فخيارها ساقط، فإن علمت العتق وجهلت الحكم ومكنته من نفسها فهل تعذر بذلك؟ نصوص المتقدمين أنها لا تعذر، لأن عندهم أمر مشهور بالمدينة لا يكاد يخفى، والمتأخرون رأوا أن لها الخيار، إذ لا تقوم الحجة إلا مع العلم، وفي العتبية إذا كانت حائضاً (فتوقف)[1] حتى تطهر فتطلق، فأعتق الزوج فهي على الخيار، لأن امتناع الإيقاع إنما كان لعلة، وكأنه واقع حكماً، وهذا فيه نظر.

قال علماؤنا: كل أمة أعتقت تحت عبد فلها الخيار إلا [106/ظ] في مسألة واحدة وهي رجل له مائة دينار، وله أمة قيمتها مائة دينار فزوجها من عبد بمائة دينار، ثم أعتقها في (مرض موته)[2] قبل الدخول، فلا سبيل لها إلى الخيار لأنها إن اختارت (أن تسقط)[3] نصف المهر فرق بعضها فسقط خيارها فلها إذاً إثبات الخيار إلى إسقاطه سقط في نفسه، وهي من مسائل الرق.

قال القاضي: «**والخلع جائز**»: إلى قوله: «**وإذا قبح ما بين الزوجين**».

شرح: الخلع[4] هو حل العصمة بعوض[5]، وأجمع جمهور العلماء على جوازه[6] لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ﴾ الآية [البقرة: 229]. وأما قوله: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ﴾ الآية [النساء: 20] فمحمول على ما إذا كان الإضرار من الزوج، وقيل إنها منسوخة بآية الإباحة والأولى أولى[7].

وصح أن ثابت بن قيس بن شماس[8] قد خالع زوجته على حديقة بأمر

---

(1) الخلع في اللغة: مزايلة الشيء الذي كان يشتمل به أو عليه، ينظر: معجم مقاييس اللغة 2/ 209.

(2) في نسخة: «خق»: (فوقفت).

(3) في نسخة: «خق»: (مرضها).

(4) في نسخة: «خع»: (أن اسقطت) وفي نسخة: «خق»: (أسقطت) ولعل الوجه هو المثبت.

(5) عرفه صاحب الحدود 1/ 275 بأنه: «طلاق بعوض».

(6) التفريع 2/ 81 ـ 83؛ الكافي ص276؛ المبسوط للسرخسي 7/ 171؛ الأم 5/ 199؛ مغني المحتاج 3/ 263.

(7) تفسير الطبري 2/ 472؛ تفسير القرطبي 3/ 139 ـ 140.

(8) ثابت بن قيس بن شماس بن مالك الخزرجي أبو عبد الرحمن، ويقال أبو محمد =

رسول الله ﷺ[1]. وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا﴾ الآية إلى قوله: ﴿مُّبَيِّنَةٍ﴾ [النساء: 19]. واختلف أهل التأويل في الفاحشة المشار إليها فقيل النشوز، وقيل كل كبيرة[2].

قوله: «والخلع جائز»: تنبيهاً على مذهب من منعه[3] تمسكاً بالآية التي ذكرنا أنها منسوخة أو مخصوصة.

قوله: «وهو طلاق»[4]: تنبيهاً على مذهب القائل إنه فسخ لا طلاق[5].

قوله: «وصفته أن يوقع الطلاق بعوض»: هذا العوض له حكم الأعواض في بعض أحكامه دون بعض للاختلاف في جوازه على الغرر. والإجماع منعقد على تحريم بيع الغرر. ووقع في كتاب ابن المواز إذا كان دين فأحال صاحبه على المرأة المخالعة، فلم يقبض صاحب الدين حتى ماتت، وليس لها شيء، فإنه يرجع على الزوج[6]، وهذا خارج عن أحكام الأعواض المحققة.

قوله: «يأخذه من الزوجة أو ممن يبذله عنها»: وهذا كما ذكره، لأنه مال، فإما أن يدفعها المشتري أو يدفعه عنه من يبذله بالتزامه الأداء، ويرجع به عليه إن اقتضاه شرط أو عادة.

قوله: «ثم له ثلاثة أحوال»: والأمر في هذه الأحوال الثلاثة ظاهر، وذكر أن حالة التحريم ترجع إلى أمرين، أحدهما: إليه، وذلك عند إضراره

= المدني روى عن النبي ﷺ، وعنه أولاده محمد، وقيس، وإسماعيل شهد بدراً والمشاهد كلها، وله في الصحيح حديث واحد. ينظر: تهذيب التهذيب 2/ 13.

(1) حديث قيس بن ثابت: صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع، حديث (4971) 5/ 2021؛ صحيح النسائي، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، حديث (3463) 6/ 199.

(2) تفسير القرطبي 5/ 95؛ المقدمات 1/ 514 ـ 515.

(3) منهم: الزهري وعطاء والنخعي وداود رحمهم الله. ينظر: عيون المجالس 3/ 1194.

(4) التفريع 2/ 81؛ الرسالة ص202؛ الكافي ص276؛ المعونة 2/ 870.

(5) الأم 5/ 198 ـ 199؛ مختصر المزني ص187؛ روضة الطالبين 7/ 375؛ مغني المحتاج 3/ 1186.

(6) المقدمات 1/ 558.

بها وإساءته إليها. والثاني: إلى العوض، وذلك إذا كان عوضاً لا يجوز تمليكها شرعاً كالخمر والخنزير ونحوه أما إذا كان مضراً بها مسبباً إليها فلا خلاف أنه لا يجوز له أخذ العوض منها على الطلاق، لأنه أكل المال بالباطل، وأما إذا كان الضرر منها فلا خلاف في جواز ما أخذ منها. وإن كان الضرر منهما معاً فهل يباح له الأخذ تغليباً لسبب الإباحة، أو لا يباح تغليباً لسبب المنع، فيه قولان عندنا. وإن استقام الحال ولم يكن هناك مضرة من (أحد)[1] منهما، إلا أنها طلبت الفراق بمعنى ما، فله الأخذ بلا خلاف فإن خالعها في صورة المنع بعد الطلاق ورد العوض إليها، لأنه من أكل المال بالباطل، وهو نص القاضي.

قوله: «والثاني أن يكون العوض خمراً، أو خنزيراً، أو ما لا يصح تملكه»: وهذا كما ذكره إذا خالعها على خمر، أو خنزير بعد الطلاق، ولا شيء للزوج، وهذا أشهر الروايات، وعليه عول جميع المتأخرين. واستقرأ **اللخمي** أنه خلع المثل وهو خلع المريضة، فللزوج فيه خلع المثل من رأس المال[2].

قوله: «وما لا يجوز تملكه جنس الخمر والخنزير والأنصاب والصلبان والآلات المحرمات ونحو ذلك»: وهذا كما ذكره ثابت بالنص، والإجماع.

قوله: «وأما الحالة التي يكره»: فأن يقطع عنها ما يعلم أنها تستضر به إلا أنه لا يلزمه ولا يمكنه المقام معه، هذا القسم داخل في باب الإضرار (فكان أخف رتبة من فعل الإضرار)[3] للاختلاف في الترك هل هو فعل أم لا؟ ومقتضى إلحاقه بالفعل التحريم، إلا أنه لما كان لا يلزمه ولا يبقى عليه به نقصت مرتبته عن مرتبة الأولى.

قوله: «وطلاق الخلع بائن لا رجعة فيها»: وهذا كما ذكره[4] لأنه

---

(1) في نسخة: «خق»: (أحد).

(2) ينظر: قول اللخمي في الجواهر الثمينة 8/ 143 ونصه: واستقرأ أبو الحسن اللخمي إيجاب خلع المثل من خلع المريضة.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) خلافاً لأبي ثور. ينظر: التفريع 2/ 83؛ الكافي ص277؛ المعونة 2/ 871.

مقتضى [107/و] العوض الذي تبذله الزوجة، إذ لولا البينونة لم يكن للعوض معنى. ولو خالعها على شرط أن تكون المطلقة رجعية فهل يقضى بهذا الشرط، ويمضي توفية الشرط، أو يرجع إلى الأصل، فيه قولان. وههنا فروع:

الأول: إذا قال لها: أنتِ طالقٌ طَلَاقَ الخلع، فيه ثلاثة أقوال إنها واحدة رجعية، إذ لا عوض. **والثاني**: أنها بائنة تغليباً (للمقصد)[1]. **والثالث**: أنها ثلاث تطليقات، لأنه أراد بينونة والبينونة لا تحصل في المحصول بها إلا بالعوض، أو بالحكم، أو بالثلاث، ولا عوض ولا حكم فليس إلا طلاق الثلاث[2]. ومن هذا النمط أن يطلق ويعطى قاصداً لطلاق الخلع، ففيه الثلاثة الأقوال المذكورة.

قوله: «ولا يلحقه إرداف إلا أن يكون متصلاً»: وهذا كما ذكره[3]، ومذهب **مالك** رَحِمَهُ اللَّهُ أن البائن يرتدف عليها الطلاق، إذا كان نسقاً، وله أن ينكحها في العدة، لأن الماء ماؤه[4] والنفقة والتوارث من أسباب الزوجية ومقتضياتها، والبينونة قد قطعت ذلك.

قال القاضي: **«وإذا قبح ما بين الزوجين وظهر الشقاق»**: إلى آخر الفصل.

شرح: الأصل في بعث الحكمين قوله سبحانه: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ﴾ الآية إلى قوله: ﴿وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ﴾ [النساء: 35].

قال علماؤنا لا يخلو أن يكون حال الزوجين متسقيماً، أو أشكل حينئذ أو متخاصمان، فلا يخلو حينئذ من ثلاثة أحوال: أن يكون النشوز منها، والضرر من قبلها، أو من قبل الزوج، أو يشكل الحال، فإن كان من قبلها ندب الزوج إلى أن يعظها، فإن لم تتعظ هجرها، فإن لم تنزجر ضربها ضرباً غير مبرح، فإن تمادت على حالها رفع أمره إلى الحاكم، فإن كان الظلم من

(1) في نسخة: «خق»: (القصد).
(2) النوادر 5/ 160؛ المنتقى 5/ 200.
(3) المعونة 2/ 872 خلافاً لأبي حنيفة. ينظر: شرح فتح القدير 3/ 21.
(4) المصدر نفسه 2/ 872.

الزوج جبر على العدل، وإن كان منها فكذلك، فإن أشكل الحال بعث الحكمان فيقضيان بما رأياه وينفذ قضائهما.

ويشترط في الحكمين شروط إجزاء، وشروط إكمال، فشرط الإجزاء أن يكونا مسلمين فقيهين، في ذلك، عدلين. وشروط الكمال: أن يكونا من أهلهما لأنهما أعرف بحال الزوجين فإن حكما بالفراق على مال، أو على غير مال، أو بالاتفاق نفذ حكمهما، وإن رأيا الأخذ من قبل أحد الزوجين مضى ذلك بحسب ما تقتضيه المصلحة.

وههنا فروع: إذا حكما بأكثر من طلقة واحدة فهل يمضي حكمهما بذلك أو يكون واحدة فيه قولان.

أحدهما: أنهما يقضيان بالواحدة ليس إلا، إذ ليس لهما ما يرفعان به الضرر ويحصلان فيه البينونة.

الثاني: أن لهما القضاء بالثلاث، لأنهما ملكا الطلاق الذي بيد الزوج بالتحكيم. ولو حكم أحدهما بالفراق، والآخر بالبقاء لم يمض حكمهما ولم يقع الفراق إلا باتفاقهما. ولو حكم أحدهما بالواحدة، وحكم الآخر بالثلاثة، ففي المذهب فيه قولان:

أحدهما: أنه لا يقع[1] من ذلك شيء لاختلافهما.

الثاني: أنه (يقع)[2] من ذلك الواحدة لأنه متفق عليها، وإنما الخلاف في الزيادة.

الثالث: إذا كان الحكمان مسخوطين فعلم الحاكم بذلك وبعثهما بطل الجميع لأنهم فسقة فإن جهل حالهما فبعثهما ظاناً أنهما عدلان فإذا أنهما مسخوظان فحكما بما يوافق الحق، أو بعث إليهما عبداً، أو من لا يجوز حكمه هل يمضي فعلهما أم لا؟ فيه قولان بناء على الاجتهاد، هل يرفع الخطأ أم لا؟

---

(1) في نسخة: «خع»: (يوقع) والصواب ما أثبته.

(2) في نسخة: «خع»: (يوقع) والصواب ما أثبته.

قوله: «من غير اعتبار برضا الزوجين»: وهذا كما ذكره، لأنهما حكمان لا وكيلان، وقيل بل هما وكيلان.

قوله: «ولا بموافقة حاكم البلد أو مخالفته»: تنبيه على مذهب المخالف[1].

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«وللرجل أن يجعل»**: إلى قوله: **«لم يكن له المناكرة»**.

شرح: الأصل في التخيير قوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ﴾ الآية [الأحزاب: 28] ولما استدعى ﷺ عائشة فقال لها: **(أقول لك قولاً فلا تعجلي فيه حتى تستأذن أبويك فتلا عليها فقالت قد اخترت الله ورسوله)**[2] [107/ظ] فلم يكن ذلك طلاقاً، وفعل مع نسائه مثل ذلك، ولم يكن مجرد تخييره طلاقاً، وهذا (يرد)[3] على ربيعة وغيره ممن رآى التخيير كله طلاقاً، يقع الطلاق على الزوج بنفس التخيير منه سواء اختارت الزوجة الفراق أم لا؟ وفقهاء الأمصار على خلافه[4].

وقد تقرر أن إيقاع الطلاق الثلاث في لفظة واحدة محرمة ومكروهة، وهل له أن يملك ذلك لزوجته لما جاء أنه ﷺ خير نساءه، وظاهر الإطلاق عدَم التقييد إلا أن يقال إنه مقيد بالمعنى أولاً، كما ليس له أن يوقع ثلاثة جملة. ثم تمليك الزوجة الطلاق على وجهين: أحدهما: على جهة التوكيل. والثاني: على جهة التمليك، فإن كان على جهة التوكيل فله أن يعين لها ما لم تطلق نفسها، وليس له (القول)[5] في التمليك، ولا في التخيير، وقد يجعل بيد أجنبي على معنى التوكيل، والرسالة والتخيير والتمليك والتوكيل، له فيه

---

(1) يقصد مذهب أبي حنيفة ومذهب الشافعي في أحد قوليه. ينظر: مختصر الطحاوي ص191، مختصر المزني ص186.

(2) حديث: **(أقول لك قولاً فلا تعجلي فيه...)**. سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب الرجل يخير امرأته، حديث (2053) 1/ 662.

(3) ساقطة في نسخة: «خع».

(4) المقدمات 1/ 586 ـ 587.

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

العزل ما لم يقض، ولا حد للرسول في الرسالة وإنما ذلك حق المرسل إليه، والتخيير والتمليك بيده كالزوجة، فليس له عزله كما ليس (ذلك)[1] في زوجته.

قوله: «والتمليك على وجهين: تمليك تفويض، وتمليك تخيير»: وهذا كما ذكره، فتمليك التفويض: هو التمليك المطلق مثل أن يقول لها: قد ملكتك أمرك. وتمليك التخيير هو التحجير، والتحجير فيه هو من حيث إنها لا تملك إلا إيقاع الثلاثة الأحوال، فإذا (أوقعت)[2] الواحدة فقد مضت من تخييره، وهذا هو أصل المذهب.

وإذا قلنا إن مقتضاها الثلاث فطلقت نفسها واحدة، لم يقع على الأشهر. وهل لها أن تبتدئ الخيار أم يكون إيقاعها ما ليس لها قطعاً لخيارها لأنها قد خالفت مقتضى التخيير الأول فبطل، فالاستئناف يفتقر إلى استئناف تخيير.

وقد اختلف مذهب **مالك** في التخيير والتمليك فقيل هما سواء، والمشهور من المذهب أنهما مختلفان، فله المناكرة في التمليك إذا قضت بالثلاث، وليس ذلك في التخيير بعد الدخول[3]. واختلف الأشياخ في تأويل الفرق بينهما، والصحيح أن الفرق بينهما راجع إلى مقتضى العادة، لا إلى مقتضى اللفظ وهذا إذا لم ينص الزوج على عدد، فإن نص على عدد معين فليس لها خلافه فيهما، فلو قال لها: اختاري طلقة واحدة لم يكن لها سوها. فإن قال لها اختاري طلقتين فهل لها أن توقع إحداهما، فيه قولان: المشهور أنه ليس لها ذلك. ولو قال لها اخْتَارِي [من][4] طلقتين، فليس لها واحدة، لأنها مقتضى حرف التبعيض ولو قال لها اختاري طلقتين فقيل ليس لها إلا إحداهما إلحاقاً له بلفظ التبعيض، وقيل لها أن تقضي بهما، فإن قضت بواحدة لم يلزمه شيء، وهو مذهب الكتاب[5].

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) في نسخة: «خق»: (وقعت).
(3) المدونة 5/ 373.
(4) زيادة اقتضاها السياق.
(5) المقدمات 1/ 587 ـ 588.

قوله: «ثم لا يخلو حالها من خمسة أقسام»: وهذه الأقسام التي ذكرها ظاهرة الحكم، فإن أجابت بصريح في أحد أمرين من رد أو طلاق مضى ذلك وله المناكرة في التمليك، إذا أرادت الواحدة وذلك بأربعة شروط كما ذكره. حُكي الخلاف إذا قضت في التمليك بثلاثة، ثم قال لم أرد تمليك طلاق، ثم قال أرادت الواحدة، فالمشهور القول قوله مع يمينه، والصحيح أنه لا يقبل للاضطراب في دعوته وتبين كذبه.

قوله: «والثالث أن يدعي أنه نوى الواحدة في حال تمليكها إياها»: وهذا كما ذكره، لأنه إذا لم يقيد (نيته)[1] كان اللفظ صالحاً، والنية مطلقة، فإن ادعى أنه نوى بالتمليك الواحدة هي واحدة، ثم اختلفوا إذا أوقعت في التمليك واحدة هل تكون بائنة، لأنها تملك (بذلك)[2] نفسها، أو رجعية، فيه قولان[3].

قوله: «فإن كان بشرط شرطت عليه لم يكن له المناكرة»: يعني إذا كَانَ التمليك في عقدة التزويج فليس له المناكرة إذا قضت بالثلاث [108/و] لأنه مقتضى العادة إذا كان في أصل التزويج فترجع في المعنى مخيراً، وفي المذهب رواية أن له المناكرة كالتمليك كان في أصل العقد أو بعده.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«وأما القسم الثاني فهو أن تجيب»**: إلى قوله: **«وأما تمليك التخيير»**.

شرح: الضابط (الكلي)[4] في هذا الباب أن اللفظ الصادر من الزوج إما أن يكون نصاً في الطلاق، والعدد، والوقت أو محتملاً في الجميع، أو نصاً في البعض محتملاً في البعض، وكذلك الجواب الصادر من الزوجة، فلها إشكال في النص، ومع الرجوع في المحتمل إلى تفسير الألفاظ، فإن فسر بالأظهر من معانيه قُبِل قوله مطلقاً من غير يمين، وإن فسر بالأخفى من معانيه، فلا يخلو أن تفسيره البينة أم لا فإن فسرت البينة لم يقبل قوله، وإن لم

---

(1) في نسخة: «خق»: (نية).
(2) ساقطة في نسخة: «خع».
(3) المقدمات 1/ 587.
(4) في نسخة: «خق»: (الكل).

تفسره البينة قبل قوله، واستظهر عليه باليمين، وإن فسره بما لا يحتمله اللفظ لم يقبل وأخذ بمقتضى (اللفظ)[1] والخلاف بعد هذا في ألفاظ من المحتمل. (فإذا)[2] قالت: قبلت أمري، أو قبلت ما ملكتني، أو قبلت فلا خلاف أنها تسأل عن مرادها كما ذكره القاضي. ولو قالت: اخترت نفسي فهو طلاق باللفظ الأول، وقيل يرجع فيه إلى تفسيرها حكاه **أبو الحسن**. وقال **أشهب**: إذا قالت: اخترت نفسي، وقالت: لم أرد به الطلاق قبل قولها[3]، والأصح ظاهر في الطلاق فلا يقبل دعواها في ذلك، وكذلك إذا قال لها اختاري فقالت: قد فعلت. قال بعض أصحابنا هو محتمل يرجع فيه إلى تفسيرها وهو الأظهر، وقيل مقتضاه الطلاق فلا يقبل دَعْوَى غيره، وكذلك اختلف المذهب إذا قالت اخترت أمري، فقيل هو ظاهر في الطلاق أيضاً، وقيل هو محتمل، فتسأل عنه.

قوله: «وأخذت الآن بالتنجيز»: قلت لما له في ذلك من حق فله المرافعة إلى الحاكم، فإما الإمضاء وإما الرد، والجواب بالفعل الظاهر، قال علماء المالكية إذا نقلت متاعها فهو كنصها على الطلاق، إنما هو إذا أرادت به الفراق[4].

قوله: «وأما الخامس فهو أن تمسك عن جواب، أو فعل يقوم مقامه»: وهذا كما ذكره، وقد ذكرنا أنه إذا نص على وقت التخيير، أو عداه لم يعد عن نصه، فإن لم ينص ولم تجاوبه في المجلس حتى افترقا، فهل لها أن تقضي بعد انقضاء المجلس أم لا؟ فيه قولان حكاهما القاضي[5]. وكذلك إذا خرجا في المجلس من حديث التخيير إلى غيره حتى طال الأمر ثم أرادت الرجوع إلى القضاء بالتخيير فهل لها ذلك أم لا؟ فيه قولان مبنيان على ما ذكره القاضي، هل حكم التخيير حكم العقود التي تبطل بتراخي الجواب أم

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) في نسخة: «خق»: (أما إذا).
(3) المنتقى 5/ 212.
(4) القوانين الفقهية ص155.
(5) التلقين ص100.

لا؟ ولو قال: أنت مخيرة ما شئت، أو إذا شئت، أو كلما شئت، فلها الخيار في المجلس وبعده.

قوله: «**فعلى الأولى**»: هو توجيه للخلاف الذي حكاه، ومعناه على الرواية الأولى، وإذا قلنا إنه كالتمليكات كخيار المعتقة لم تبطل تخييرها إلا بتمكينها من نفسها طائعة غير مكرهة. وإذا جعل خيارها بيد أجنبي، فله القضاء في المجلس، وإن ذهب الأجنبي من المجلس فهل له أن يقضي أم لا، فيه قولانْ كما في خيار المجلس إذا كان التخيير للزوجة نفسها، فإن وطئ بإذنه بطلت.

قال القاضي: «**وأما التخيير**»: إلى آخر الفصل.

شرح: قد ذكرنا الكلام في التخيير، وقسم التخيير إلى مطلق، ومقيد وبينه في المثال بياناً حسناً، والفصل ظاهر وقد قدمنا الكلام فيه.

قال القاضي: «**والمولي مخاطب بأحد أمرين**»: إلى آخر الفصل.

شرح: الأصل في الإيلاء[1] قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ الآية [البقرة: 226]. وصح جوازه لأن النبي ﷺ: **(قد آلى من نسائه)**[2] ولو كان محرماً لما صدر من الشارع صلوات الله عليه. والمولي: هو كل مسلم مكلف يتصور منه الوطء حراً كان أو عبداً، مريضاً، أو صحيحاً. وقولنا يتصور منه الوطء تحرزاً من الخصي والمجبوب إذ لا يصح منهما الوطء، فلا يصح إيلائهما، وقال **أصبغ** يلزمه[3] بناء على أنهما قادران على هذا الوطء، ولو آلى وهو صحيح ثم جب [108/ظ] بطل الإيلاء.

قوله: «**والمولى مخاطب بأحد أمرين**»: قلت: مقتضى الآية وفائدة

---

(1) الإيلاء لغة: الحلف، يقال آلى يولي إيلاء وإلية، وعرفه ابن عرفة بقوله: حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه. ينظر: لسان العرب 14/ 41؛ شرح حدود ابن عرفة 1/ 241.

(2) حديث: **(أنه ﷺ آلى من نسائه)**. صحيح البخاري، كتاب الصوم، باب قول النبي ﷺ: **(إذا رأيتم الهلال فصوموا)**. حديث (1811) 2/ 675.

(3) المنتقى 5/ 230. والمشهور أنه لا يلزم. ينظر: المنتقى 5/ 230؛ القوانين الفقهية ص160.

الأصل قوله: «والإيلاء الشرعي» تحرز من مطلق الإيلاء، لأن اللغوي من قسمه لا يقيد بأجل ولا ينحصر بمدة. والوقف المشار إليه هو إيقاف الحاكم له. وحدَّ الإيلاء فقال: «هو أن يحلف بيمين يلزم بالحنث فيه حكم على ترك وطء (الزوجة)[1] أو ما يتضمن (ترك)[2] الوطء زيادة على أربعة أشهر بمدة مؤثرة»[3] فأما ترك الوطء ظاهر، وما يتضمن ترك الوطء كقوله: لا دنت منك، ولا اغتسلت منك ونحو ذلك مما يتضمن ترك الجماع.

قوله: **«بعدة مؤثرة»**: يعني كالشهور ونحوه.

قوله: **«حرة كانت أو أمة»**: لأنه من باب الأيمان اللازمة للحر والعبد.

واختلف المذهب في أجل العبد هل هو كأجل الحر لعموم الآية، وتساوي المعنى، أو على النصف، لأنه يؤول إلى الطلاق فكان مشترطاً[4].

قوله: **«ولا يلزمه طلاق بنفس مضى الأجل»**[5]: وهذا تنبيه على مذهب **أبي حنيفة**[6].

قوله: **«فإن فاؤوا فيها»**: على أن الفيئة في الأربعة الأشهر، والمعنى عنده، فإن فاؤوا فيها، وقال الجمهور: المعنى: فإن فاؤوا في غيرها، لأن الأربعة الشهر جعلت حقاً له، فلا يكون له عليه فيها حق[7].

---

(1) في نسخة: «ق»: (زوجه).

(2) في نسخة: «ق»: (ذلك).

(3) التلقين ص100.

(4) التفريع 2/ 93؛ الكافي ص279؛ عيون المجالس 3/ 1262؛ المعونة 2/ 884؛ البداية 2/ 172؛ القوانين الفقهية ص160؛ معين الحكام 1/ 333.

(5) المعونة 2/ 885؛ عيون المجالس 3/ 1257؛ المقدمات 1/ 617؛ القوانين الفقهية ص160.

(6) مختصر الطحاوي ص210؛ مختصر القدوري مع الميداني 3/ 60؛ تحفة الفقهاء 1/ 205 - 206.

(7) اختلف فقهاء المالكية هل المولى مطالب بالفيئة قبل انقضاء أجل الإيلاء، أو عند انقضائه، أو له زيادة بعد ذلك؟ حاصله كما في معين الحكام 1/ 333: عن مالك في كتاب ابن شعبان يقع الطلاق بمعنى الأربعة الأشهر، فجعل المطالبة بالفيئة في الأربعة، وقال مالك في كتب المدنيين: إذا تم الأجل أوقعه الإمام ساعة رَفْعِه، ولم =

قوله: «فأما إن حلف على غيره مما يمنع الوطء إلا بعد بره، أو فعل موجبه»: وهذا من المواضع التي يجب تأملها. وأشار القاضي بذلك إلى صورتين: صورة الحالف بالطلاق، وصورة المظاهر. ومثال الأولى: أن يحلف بطلاق زوجته كذا، أو إن لم يفعل كذا. وأصل مذهب **مالك** أنه على حنث ما لم يفعل فيمنع من الزوجة لإِمْكَانِ الإبراء، فإذا منع من الوطء لأجل يمينه دخل عليه الإيلاء، واختلف الروايات متى يدخل عليه الإيلاء فقيل من يوم الحلف، وقيل من يوم الحكم[1].

وأشار القاضي بقوله: **«مما يمنع الوطء إلا بعد بَرِّه»**: إلى **«بعد الطلاق»**.

ومثال الصورة الثانية أن يظاهر من امرأته فيمنع من وطئها إلا بعد التكفير الذي هو موجب ظهاره، فإن كفر لم يمنع من الوطء، وإن لم يكفر منع من الوطء، ويدخل عليه الإيلاء.

واختلفت (الروايات)[2] أيضاً في هذه الصورة متى يدخل عليه الإيلاء، فقيل من يوم الظهار، وقيل من يوم الحكم. وهذا من المواضع الحسنة التي أتقنها القاضي.

قوله: «ومن ترك الوطء مضاراً»: اختلف المذهب في المضار على ثلاثة أقوال، فقيل لا ينعقد عليه الإيلاء، ولا يفرق بينهما، ويجبر على الوطء، وقيل هو مولي ويضرب له الأجل من يوم الحكم، وقيل من يوم اليمين كغير المضار، وقيل يفرق بينهما من غير أجل.

فرع: إن أطال المسافر الغيبة عامداً للضرر أمر بالقدوم، فإن أبى فرق بينهما، لأن الشريعة رفعت الضرر.

قال القاضي: **«والظهار محرم»**: إلى آخر الفصل.

= ير أن يزاد على الأجل شيئاً، وقال ابن القاسم عنه: يؤخر المرة بعد المرة فإن فاء وإلا طلق عليه، ويكون ذلك بعضه قريباً من بعض.

(1) معين الحكام 1/ 335.

(2) في نسخة: «خع»: (الرواية).

شرح: الأصل في الظهار[1] قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم﴾ الآية [المجادلة: 2] نزلت في خولة بنت حكيم[2] مع زوجها أويس بن الصامت. وأجمع العلماء على أنه محرم[3]، ولذلك امتنع وقوعه عن النبي ﷺ، ومن قال إنه ظاهر فقد أخطأ وكفر إن كان معتقداً. والدليل على تحريمه من الآية من موجود: الأول: أن الله سبحانه كذبه ورد فقال: ﴿مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ﴾ [المجادلة: 5] الثاني أن الله سماه منكراً وزوراً. الثالث أنه أوجب فيه الكفارة، الرابع أنه قرنه بالمغفرة ولا يكون ذلك إلا عن ذنب والمظاهر هو كل مسلم عاقل بالغ من أي امرأة حل وطؤها حرة كانت أو أمة، مسلمة، أو كتابية فقولنا: «كل مسلم» احترازاً من ظهار الذمي، ولا يصح ظهاره عندنا كما لا يلزم طلاقه. وقولنا: «عاقل» احرازاً من المجنون، وقولنا: «بالغ» احترازاً من الصبي. واختلف في ظهار المراهق هل يلزم أم لا؟ على الخلاف في أحكامه.

وههنا فروع:

الأول: إذا ظاهر الشيخ الكبير الذي لا حراك له، والمقطوع الذكر هل يلزم ظهارهم أم لا؟ فيه قولان: المشهور، اللزوم إذ يتمكن منهم أوائل الوطء. ومقدمات [109/و] الجماع، كالقبلة والملامسة والاستمتاع بالتلذذ، والشاذ أنه لا يلزم خاصة وهو قول **أصبغ وسحنون**[4] ومبنى المسألة على الخلاف في الظهار هل هو تحريم للزوجة بالكلية، أو هو تحريم الركوب للوطء خاصة، فيه قولان في المذهب.

---

(1) الظهار في لغة: مشتق من الظهر، وهو خلاف البطن، ومن قول الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي، وقيل: إنما خص ذلك بذكر الظهر، لأن الظهر من الدابة موضع الركوب والمرأة مركوبة، وفي الاصطلاح: تشبيه زوج زوجته أو ذي أمة حل وطؤه إياها بمحرم منه أو بظهر أجنبية في تمتعه بهما، والجزء كالكل والمتعلق كالحاصل. ينظر: المصباح المنير 2/ 388؛ شرح حدود ابن عرفة 1/ 295.

(2) خولة بنت حكيم بن أمية بن حارثة امرأة عثمان بن مظعون، روت عن النبي ﷺ وعنها سعد بن أبي وقاص وغيره. ينظر: تهذيب التهذيب 12/ 415.

(3) المبسوط للسرخسي 6/ 223؛ التفريع 2/ 94 ـ 96؛ الكافي ص282 ـ 284؛ المعونة 2/ 888؛ المقدمات 2/ 602؛ المهذب 2/ 111؛ المبدع 8/ 609.

(4) النوادر 5/ 293؛ المنتقى 5/ 255؛ المقدمات 1/ 609.

فرع: يلزم الظهار في الأمة المدبرة، وأم الولد، ولا يلزم في المعتقة بعضها. والمعتقة إلى أجل، إذ لا يجوز وطئها، ويلزم في المكاتبة إذا عجزت فعادت إلى الرق ولرجوعها إلى الملك كالأمة المحضة، ووقع في المذهب أنه لا يلزم فيها ظهار إذا عجزت نظراً إلى حكم التحريم حين اللفظ بالظهار. وحدَّه القاضي فقال: تشبيه محلله [له][1] بنكاح، أو ملك بمحرمة عليه تحريماً مؤبداً بنسب، أو رضاع، أو صهر»[2]. قوله: «بنكاح، أو ملك» تقسيم في نوع المنكوحات.

قوله: «**محرمة عليه**»: انظر هل يتناول الذكر أم لا؟ وظاهر اللفظ أنه مخصوص بالنساء.

واختلف المذهب إذا قال لها أنت علي كظهر أبي، أو ابنى، أو غلامي، أو نحو ذلك من التشبيه بالذكران، فقال **ابن القاسم**، **وأصبغ** هو مظاهر، وقال **ابن القاسم** مرة أخرى هو تحريم. **وقال ابن حبيب**: هو منكر من القول، ولا يلزمه فيه ظهار ولا تحريم[3].

قوله: «**بنسب أو رضاع أو صهر**»: تنويع لأسباب التأبيد، وهي ظاهرة.

وألفاظ الظهار قسمان: صريح، وكناية، **فالصريح**: ذكر الظهار في ذات محرم من النساء. والكناية قسمان: ظاهرة، وخفية. **فالظاهرة**: ذكر الظهار في غير ذات محرم، والتشبيه بالمحرمة من غير ذكر **الظهار**، والخفية ما عرى عن الأمرين. فإما صريح الظهار فهو ظاهر، فإن **أراد به الطلاق** لم يكن طلاقاً، فروى عن **ابن القاسم** أنه يكون طلاقاً ثلاثاً، ولا **ينوي في** أقل من ذلك[4] وقال **سحنون**: ينوي فيما دون الثلاث إن دعاه. **وأما الكنايات** الظاهرة فهي ظهار، فإن أراد به التحريم فهو حرام، فإن قال **لم أرد طلاقاً**، ولا ظهاراً لم

---

(1) زيادة من نسخة: «ق».

(2) التلقين ص161.

(3) **النوادر** 5/ 291؛ المقدمات 1/ 606؛ وفي **معين الحكام** 1/ 329: وإن قال لامرأته أنت علي كظهر أبي، أو كظهر غلامي ففيه قولان: أحدهما: أنه مظاهر قاله ابن **القاسم**، والآخر لا يكون ظهاراً ولا طلاقاً، قاله مطرف.

(4) **المقدمات** 1/ 599 ـ 607، 600.

يقبل قوله. وأما الكنايات الخفية فلا تقتضي طلاقاً، ولا ظهاراً بوضع بعضها، بل بالقصد ينصرف إلى ما قصد.

قوله: «والتشبيه على أربعة أضرب»: وهذه الأقسام (الأربعة)[1] ظاهرة، والحكم فيها واحد.

قوله: «وفي التشبيه بالمحرمة على غير التأبيد خلاف»: وصورة هذه المسألة (أن يقول لها)[2] أنت علي كفلانة لأجنبية، فلا يخلو أن يريد الظهار أم لا؟ فإن (أراد الظهار)[3] فهل يكون ظهاراً، أم طلاقاً: فيه قولان مشهوران، وإن لم يذكر الظهار ففيه خمسة أقوال: قال **أشهب**: هو ظهار إلا أن يريد بها الطلاق. وقال **عبد الملك**: هو طلاق إلا أن يريد به الظهار (وقيل هو ظهار وإن أراد به الطلاق، وقيل هو طلاق وإن أراد به الظهار)[4][5].

وحكى **أبو الحسن** في هذه الصورة أنه لا يلزمه ظهار ولا طلاق[6].

قوله: «ويحرم بالظهار الوطء وجميع أنواع الاستمتاع»: ولا تجب الكفارة إلا بعد العودة وهي العزم على الوطء، الأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة: 3] وهذا يقتضي عموم التحريم إلى حين ارتجاعه بالكفارة، وقد اختلف الفقهاء في العودة، فقال أهل الظاهر: هي تكرار اللفظ الأول سواء[7]، وخالف في ذلك الجمهور[8].

---

(1) ساقطة في نسخة: «خع».
(2) ساقطة في نسخة: «خع».
(3) في نسخة: «خق»: (أراده).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) التفريع 2/ 94 ـ 95؛ الكافي ص282 ـ 284؛ المنتقى 5/ 254؛ المقدمات 1/ 607 ـ 608.
(6) ينظر: كلام اللخمي في التنبيهات للقاضي عياض 1/ 69/ ظ مخطوط الخزانة العامة رقم (384ق).
(7) المحلى 9/ 193.
(8) مختصر الطحاوي ص212 ـ 213؛ المعونة 2/ 891؛ الأم 5/ 279؛ الإقناع ص156.

وفي المذهب في العودة أربعة أقوال: فقيل العزم على الإمساك، وقيل العزم على الوطء[1] (وقيل الوطء)[2] نفسه، وقيل العزم على الوطء والإمساك (معاً)[3][4] وهو مذهب الموطأ[5]. واختاره **القاضي أبو بكر**.

قوله: «والكفارة فيها ثلاثة أنواع»: وهي ثابتة بنص القرآن المقتضي الترتيب[6]. فالإعتاق: تحريم رقبة مؤمنة احترازاً من الكافرة، إذ لا يتقرب إلى الله بعتق الكافر، لا في فرض، ولا في تطوع، ومبنى ذلك على رد المطلق إلى المقيد[7].

قوله: «سليمة من العيوب»: احترازاً من المعيبة، والعيوب على قسمين عيوب تمنع التكسب، وتشين، ولا خلاف أنها مانعة من الإجزاء كقطع [109/ظ] اليد والرجل والعمى، والزمانة ونحو ذلك، وعيوب لا تمنع التكسيب، ولا تشين، وهذه غير معتبرة كالمرض الخفيف والعرج الخفيف، وقطع الأنملة ونحو ذلك، فإن كانت تشين، ولا تمنع التكسيب كجرح الأنف واصطلام الأذنين، والصمم والبرص الخفيف فهذا فيه قولان: أحدهما: أنه يمنع الإجزاء نظراً إلى أنها تشين. الثاني: لا يمنع الإجزاء لإمكان التكسب مع وجودها.

واختلف المذهب في الصغير الذي لا يعقل دينه هل يجزئ لأنه على أصل الفطرة أم لا؟ لقوله ﷺ: **(كل مولود يولد على الفطرة)**[8] وأما الغلام الذي فيه

---

(1) قال بعض الموثقين: وهذا القول أظهر. ينظر: معين الحكام 1/ 330.
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) المعونة 2/ 891؛ المقدمات 1/ 602؛ البداية 2/ 178.
(5) موطأ مالك، باب ظهار الحر، حديث (1167) 2/ 560.
(6) وهو قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُوا۟ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ۝﴾ [المجادلة: 3، 4].
(7) في قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: 92].
(8) حديث: **(كل مولود يولد على الفطرة)**: صحيح البخاري، باب ما قيل في أولاد =

الحضر فطبع حتى طبع كافراً. ويجري الخلاف في إجزائه أيضاً على اختلافهم في جواز عتق من يقدر على التكسب، إلا أن يقال إنه منها المكسب، وفي كتاب الداودي عن مالك الأعمى والمقعد يجزيان، وإنما هي أوجاع.

فرع: إذا ظاهر من أمته فهل يجزئه عتقها من ذلك أم لا؟، فيه قولان: الإجزاء، ونفيه، ومبناهما على الخلاف في العودة، فمن جعل العودة الوطء لم يجزه، ومن جعلها العزم أجازه.

فرع: لا يجزئه عتق من فيه عقد حرية كالمعتق إلى أجل، وأم الولد، والمدبر، والمكاتب، والمعتق بعضه، فإن أعتق مكاتباً أو مدبراً عن ظهاره فهل يجزيان أم لا؟ فيه قولان: المشهور، نفي الجواز لما فيهما من عقد الحرية، والشاذ: الإجزاء نظراً إلى أن أحكامهما أحكام عبيد، وكذلك إذا كانت الرقبة شركة بينه وبين غيره، فأعتق جميعها عن ظاهره، فيه قولان: الإجزاء، ونفيه، والتفرقة بين أن يكون بإذنه فيجزئه، أو بغير إذنه فلا يجزئه. والصيام شهران متتابعان، فإن أفطر عامداً بطل التتابع، وإن أفطر خطأ، أو سهواً فثلاثة أقوال: الإجزاء ونفيه، والقول الثالث: أنه إن فرق ناسياً أجزأه، وإن فرق مخطئاً لم يجزه.

قوله: «والإطعام أن يطعم ستين مسكيناً مداً لكل مسكين»: بمد **هشام بن إسماعيل المخزومي**(1) والي المدينة في خلافة (هشام بن

= المشركين، حديث (1319) 1/ 465؛ صحيح مسلم، كتاب فضائل الصحابة، حديث (2658) 4/ 2074؛ سنن الترمذي، باب ما جاء كل مولود يولد على الفطرة، حديث (2138) 4/ 447؛ سنن أبي داود، كتاب السنة، باب في ذراري المشركين، حديث (4714) 4/ 229.

(1) هشام بن إسماعيل بن هشام بن الوليد المخزومي المدني، كان حما عبد الملك بن مروان ونائبه على المدينة، وهو الذي ضرب سعيد بن المسيب ﷺ قال ابن عبد الرفيع: كانت المرأة تأتيه تستفرضه النفقة، فكان يستثقل أن يفرض لها بالمد الأصغر، فرأى أن يزيد على ذلك، وجمعه فجعله مداً، واتبعه على ذلك حكام المدينة، وأمراؤها»، ثم قدم دمشق فمات بها سنة (88هـ ـ 707م). ينظر: البداية والنهاية 9/ 81؛ مروج الذهب 3/ 216 ـ 223؛ مرآة الجنان 1/ 261 ـ 263؛ معين الحكام 1/ 331.

عبد الملك)[1] روى عنه **مالك بن أنس** في الموطأ[2].

واختلف أهل العلم في قدر مد هشام فقيل مدان بمد النبي ﷺ وقيل مدان غير ثلث، وقيل مد ونصف[3]، وقد ذكرنا الخلاف هل المعروف قوت المكفر، أم قوت أهل البلد، وهل يلزم الإدام في الطعام، أو يستحب، فيه قولان، ويستحقه الفقير المسلم الحر فإن أعطاها غنياً أو كافراً، أو عبداً، أو عالماً بذلك لم تجزه، وإن كان خطأ فقولان مبنيان على الاجتهاد هل يرفع الخطأ أم لا؟

قوله: «ولا يجوز أن يطأ قبل الكفارة»: وهذا كما ذكره[4] لقوله تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾.

قوله: «ويكفر العبد بما سوى الإعتاق»: وهذا كما ذكره، وإنما لا يلزمه العتق لأنه غير مالك حقيقة، والولاء لغيره. وكان الواجب أن لا يلزمه الإطعام، إذ المال لغيره، فإن أذن له سيده في العتق والإطعام فهل يجزئه أم لا؟ فيه قولان. قال **مالك** إذا أذن له سيده في العتق والإطعام، فالصيام أحب إلي، قال **ابن القاسم** بل الصيام الذي أوجب الله عنه، وليس يطعم أحد يستطيع الصيام[5].

---

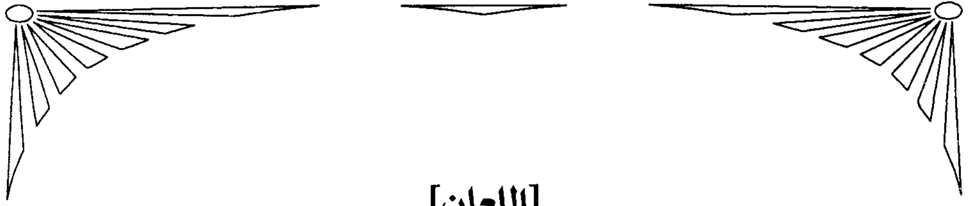
(1) كذا، والثابت تاريخاً والله أعلم (عبد الملك بن مروان)، وقد صوبه كثير من علمائنا، قال الدسوقي في حاشيته 2/ 554: خشام بن إسماعيل المخزومي كان عاملاً على المدينة لعبد الملك بن مروان هذا هو الصواب.

(2) الموطأ، باب المقام عند البكر والأيم، حديث (1102) 2/ 529.

(3) عيون المجالس 3/ 1290؛ المنتقى 5/ 438.

(4) وكذلك لا يجوز له التلذذ منها بشيء، ولا النظر إلى صدرها، أو شعرها قبل الكفارة، ولا بأس أن يكون معها، ويدخل عليها بغير إذن إذا أمنت ناحيته عليها، فإذا كان بخلاف ذلك حيل بينه وبينها، وأدب إن قاربها حتى يكفر. ينظر: معين الحكام 1/ 330.

(5) التفريع 2/ 96؛ الكافي ص286؛ المعونة 2/ 897.



[اللعان]

قوله: «**واللعان بين كل زوجين**»: إلى قوله: «**وصفة اللعان**».

شرح: الأصل في اللعان[1] الكتاب والسنة، أما الكتاب قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ الآية [النور: 6]، وأما السنة فقوله ﷺ في حديث عويمر العجلاني حيث جاء إلى عاصم بن عدي النصاري[2] فقال له: **يا عاصم أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فيقتلونه أم كيف يفعل؟ سل لي عن ذلك يا عاصم رسول الله ﷺ، فسأل عاصم رسول الله عن ذلك فكره رسول الله ﷺ المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ﷺ**، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال [110/و] يا عاصم ماذا قال لك رسول الله ﷺ: فقال عاصم لعويمر... تأتي بخير». الحديث فتلاعنا، وأنا مع الناس عند رسول الله (ﷺ) خرجه الأئمة **مالك**[3] وغيره[4]. وقد انعقد الإجماع على أنه مشروع لضرورة دفع النسب، ونفي العقوبة المتوجهة عليه بالقذف.

وحكى بعض علمائنا الخلاف فيه، هل هو شرح عقوبة، أو خلاص من الزناة، وبالأول قال **أبو حنيفة**، وبالثاني قال **مالك** وأصحابه، فكان الأصل أن

---

(1) اللعان في اللغة، مصدر لعن يلعن لعاناً أي طرد ومنع وأبعد، والتلاعن التشاتم والتماجن، والمباهلة. ينظر: الصحاح 6/ 2196؛ لسان العرب 13/ 388 وفي الاصطلاح: حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه، إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض. ينظر: شرح حدود ابن عرفة 1/ 301.

(2) عاصم بن عدي بن الجد بن العجلان الأنصاري، صحابي شهد أحداً، مات في خلافة معاوية، وقد جوز المائة. ينظر: تهذيب التهذيب 5/ 48.

(3) موطأ مالك، اللعان باب ما جاء في اللعان، حديث (1177) 2/ 566.

(4) صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، حديث (4959) 5/ 2014.

الزوج كالأجنبي في حق القذف (. . . . .)[1] إلى الوطء حرام في العمل والولد إلا أنه (ائتم)[2] له اللعان لضرورة المناسبة، وقد تبين عليه اللعان إذا تحقق انتفاء النسب.

قوله: «وهو بين كل زوجين حرين، أو عبدين، عدلين، أو فاسقين، أو أحدهما»[3]: لعموم الآية. ونبه القاضي رحمه الله على مذهب أبي حنيفة[4] وغيره من المخالفين[5] حيث تمسكوا بلفظ الشهادة، فمنعوا منه من لا تجوز شهادته كالفاسق.

والمقصود عندنا أن تكون فيه أهلية اليمين، ويتلاعن الكافران من أهل الذمة، وتلاعن الكتابية تحت المسلم لترفع اللعن عنها، وإن لم تحد إذا زنت، وينفسخ النكاح بلعانها. فإن نكلت فهما على الزوجية، وترد إلى أهل دينها للجناية على زوجها فيعاقبها أساقفتهم لإدخالها اللبس في فراش زوجها. ويقع اللعان في النكاح الصحيح والفاسد وإن فسخ، إذا لحق الولد. ولو قذفها في حال الزوجية بزنى قبل تزويجه إياها، فعليه الحد كالأجنبي، ولا مدخل للعان في قذف متقدم على الزوجية، ولو طلقها طلاقاً رجعياً ولم ترجع، ثم أراد اللعان فله ذلك إذ الطلاق رجعي لا يقطع العصمة، ولو قذفها، ثم أبانها فله اللعان لدفع النسب فإن لم يكن له ولد (آخر)[6] فليس له اللعان كالأجنبي، والأجنبي القاذف لا يلاعن.

واختلف المذهب في فروع:

الأول: إذا قذفها في عدتها من الطلاق البائن، وادعى الرؤية فإن كان حملاً لاعن (لنسبه)[7]، فإن لم يكن فهل له أن يلاعن أم لا؟ المشهور أنه

---

(1) في نسخة: «خق»: كلمة غير مقروءة تشبه: (مسسها).
(2) كذا.
(3) التفريع 2/ 97؛ الكافي ص286 ـ 287؛ المعونة 2/ 899؛ الإشراف 2/ 157 ـ 158.
(4) مختصر الطحاوي 215؛ مختصر القدوري 3/ 74.
(5) كالزهري وحماد بن أبي سلمان والثوري. ينظر: عيون المجالس 3/ 1297.
(6) ساقطة في نسخة: «خع».
(7) في نسخة: «خق»: (لنفسه).

يلاعن، وقال **ابن المواز وسحنون** يحد ويلاعن، لأن البينونة قد بطلت حكم الزوجية[1].

قوله: «وهو موضوع لشيئين»: ذكر في هذا الكلام مضمون الكلام، ولا شك (أن له)[2] أربعة آثار: سقوط الحد، وانتفاء النسب، وقطع النكاح، وتأبيد التحريم.

قوله: «بثلاثة أوجه»: تضمن هذا الكلام موجبات اللعان. قال **القاضي أبو الوليد** ويجب اللعان بستة أوجه[3] ثلاثة متفق عليها، وثلاثة مختلف فيها، فالثلاثة المتفق عليها أن ينفي حملاً، ويدعي قبله الاستبراء. والثاني: أن يدعي الرؤية ولا يستبرئ بعدها الثالث: أن ينكر الوطء جملة ففي هذه المواضع الثلاثة اللعان بلا خلاف.

والمختلف فيه أن يقذف زوجته من غير دعوى الرؤية. واختلف المذهب في هذه الصورة على قولين، فأكثر الروايات على أنه يحد للقذف، ويلاعن اعتباراً بالأجنبي، والشهود إذا لم يصفوا وهذا هو المشهور، والشاذ أنه يلاعن، وذلك لأن الزوج يضار إلى نفي نسب ليس له منه، فكان مخالفاً للأجنبي.

القسم الثاني: من المختلف فيه أن يدعي الرؤية، ولا يصف وصف الشهود.

القسم الثالث: أن ينفي الحمل، ولا يدعي قبله الاستبراء، فاختلف في الاستبراء في هذا الباب، المشهور من المذهب أنها حيضة لحصول المقصود بها، وقال عبد الملك ثلاث حيض اعتباراً بما عدا اللعان.

فرع: إذا نسبها إلى زنى أكرهت عليه، فله اللعان لنفي الولد ولا حدَّ عليها، ولا لعان إذا أثبت الغصب.

قوله: «فأما سقوط الحد عن الزوج فمتعلق بالتعانه»: إلى قوله: **«وصفة اللعان»**.

---

(1) النوادر 5/ 377.
(2) في نسخة: «خع»: (أنه له) والصواب ما أثبته.
(3) المقدمات 1/ 634.

شرح: سقوط الحد وانتفاء النسب متعلق بلعان الزوج وحده، لأن ذلك هو مقتضى لعانه. وسقوط الحد عن [110/ظ] المرأة متعلق بلعانها. واختلف المذهب في الفرقة وتأبيد التحريم، والمشهور أَنَّ ذلك لا يقع إلا (بإتمامهما)[1] والشاذ أن ذلك واقع (بالتعان)[2] الزوج[3].

واختلف الأشياخ إذا نكلت المرأة عن اللعان، ثم أرادت اللعان هل لها ذلك أم لا؟ واختار **الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن وابن خلدون**[4] وغيرهما[5] (أنَّ الحدَّ قد تعين عليها بنفس النكول، فليس لها رجوع، واختار **الشيخان أبو عمران وأبو القاسم بن الكاتب** أن لها الرجوع إلى اللعان، ولا يكون نكولها عن اللعان أشد من إقرارها بالزنا، ثم رجوعها عنه)[6].

وما ذكره القاضي من تأبيد التحريم هو الصحيح في المذهب[7]. وحكى

---

(1) في نسخة: «خق»: (تمامها).

(2) في نسخة: «خق»: (بالتفاق) والصواب ما إثبته من نسخة: «خع».

(3) قال ابن عبد الرفيع 1/ 337: اختلف في الفرقة متى تجب بين المتلاعنين؟ فالمشهور من مذهب مالك أنها تجب بتمام لعان المرأة بعد الزوج، وقيل قبل بتمام لعان الزوج، وإن لم تلتعن، وهو ظاهر قول مالك في موطئه، وفائدة هذا الخلاف إذا مات الزوج بعد أن التعن، وقبل أن تلتعن المرأة.

(4) أبو علي حسن بن خلدون البلوي، الفقيه الحافظ للسنة قرأ على أبي الحسن القابسي، وغيره توفي مقتولاً سنة (407هـ ـ 1016م). ينظر: شجرة النور ص105.

(5) كالفقيه أبي محمد اللوبي. ينظر: الجواهر الثمينة لابن شاس 2/ 250.

(6) لعل في عبارة ابن بزيزة: (أن الحد قد تعين عليها بنفس النكول فليس لها الرجوع إلى قوله ثم رجعوها عنه)، خطأ تسبب ـ والله أعلم ـ في نسبة الأقوال إلى غير قائلها، إذ الثابت فقهاً كما نص عليه علماؤنا كالباجي: في منتقاه، وابن رشد في مقدماته، وابن شاس في جواهره، أن المتأخرين من القرويين اختلفوا إذا نكلت المرأة عن اللعان بعد لعان الزوج، ثم أرادت أن ترجع إلى اللعان، هل يكون ذلك لها أم لا على قولين فمنهم من رأى ذلك لها كأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي علي بن خلدون وأبي محمد اللوبي قالوا: لا يكون نكولها عن اللعان أقوى من إقرارها بالزنا، ومنهم من لم ير ذلك كأبي عمران وابن الكاتب والأول أصح ـ كما قال ابن رشد ـ. ينظر: المنتقى 5/ 332؛ المقدمات 1/ 630؛ الجواهر الثمينة 2/ 250؛ معين الحكام 1/ 340 ـ 341.

(7) التفريع 2/ 100؛ المعونة 2/ 909؛ القوانين الفقهية ص2د1.

الشيخ أبو بكر الأبهري من المذهب أن يقارن اللعان طلاق الثلاث وتحل بعد زوج. وقال بعض أهل العلم هي طلقة بائنة، وقيل رجعية[1].

وقوله: «من غير حاجة إلى حكم حاكم»[2]: تنبيه على مذهب المخالف **أبي حنيفة**[3] وغيره[4]. وقد تقدم أن اللعان يقع في النكاح الفاسد الذي يلحق به الولد.

قوله: «ولا يرتفع التحريم بإكذابه نفسه»: وهذا كما ذكره، ويتعين عليه حد القذف، ويلحق به النسب ويَثبتُ الميراث. ومن مات من المتلاعنين قبل لعانه ورثه الآخر، وقيل لا يتوارثان بعد تمام لعان الزوج، وروى **مطرف، وابن حبيب** أنه إن مات بعد التعانه وقبل التعانها ورثته إذ لا تلتعن[5].

قال القاضي: **«وصفة اللعان»**: إلى آخره.

شرح: تبدئة الزوج باليمين هو نص الكتاب والسنة، لأنه القاذف ويحلف ليرفع عن نفسه حكم القذف والنظر في لفظ اليمين وفي التغليظ (فيه)[6] والتغليظ فيه يكون[7] بالزمان والمكان وبهما. أما الزمان فيتلاعنا دبر الصلوات. قال **(عبد الحق)**[8] لا يكون إلا في معظم الحق بإثر الصلاة. روى **ابن وهب** عن **مالك** قال: كان اللعان عندنا بعد العصر ولم يكن سنة وأي ساعة شاء الإمام لاعن، وبعد العصر أحب إلي[9] قال: في كتاب محمد وأي ساعة شاء الإمام لاعن، وعلى إثر المكتوبة أحب إلي، قال **الشيخ أبو محمد** أما كونه بعد العصر فغير واجب، فظاهر قول **عبد الملك بن الماجشون**

---

(1) المنتقى 5/ 323.
(2) عيون المجالس 3/ 1312؛ المنتقى 5/ 323؛ المقدمات 1/ 638.
(3) مختصر الطحاوي ص215؛ مختصر القدوري 3/ 77.
(4) كابن القاسم. ينظر: معين الحكام 1/ 340.
(5) معين الحكام 1/ 337.
(6) ساقطة في نسخة: «خع».
(7) في نسخة: «خق» زيادة: (فيه).
(8) كذا ولعل الصواب: (عبد الملك)، وإليه ينسب هذا الرأي قال ابن أبي زيد في النوادر: 5/ 332: قال عبد الملك: لا يكون إلا في مقطع الحقوق بإثر صلاة.
(9) معين الحكام 1/ 338.

الوجوب[1]، وأما التغليظ بالمكان ففي أشرف المواضع في البلد الجامع الأعظم. فإن كان في أحد الحرمين فهل يغلظ عليه اليمين عند المنبر أم لا؟ فيه اختلاف بين العلماء، ويحلف أهل الذمة حيث يعظمون بحضور عدول من المسلمين لقوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ﴾ الآية [النور: 2]. وأقل ذلك أربعة من العدول.

وأما لفظ اليمين بحسب ما يصدر من القاذف، فإن ادعى الرؤية حلف على ذلك فقال: أشهد بالله الذي لا إله إلا هو لرأيته، وإن نفى الحمل فقال أشهد بالله الذي لا إله إلا هو ما هذا الحمل مني، ويرجح الاستبراء بيمينه حيث يتوجه عليه. واختلف المذهب هل يكفيه الاقتصار على «بالله»، فالمشهور جواز الاقتصار وقال **محمد**: لا بد أن يزيد الذي لا إله إلا هو[2].

واختلف المذهب في فروع:

الأول: إذا لم يصف وصف الشهود، وقد تقدم الخلاف فيه.

الثاني: إذا أبدل اللعنة بالغضب، أو الغضب باللعنة فهل يجزئه أو لا بد من الإعادة، فيه قولان الاجتزاء لاتفاق المعنى، والإعادة وقوفاً على المعنى.

الثالث: إذا ابتدأت المرأة باللعان قال **ابن القاسم** لا يعاد عليها اللعان، وقال **أشهب** يعاد[3]، واختاره **ابن الكاتب**.

الرابع: إذا حلفت المغتصبة تقول أشهد بالله الذي لا إله إلا هو ما أطعت.

الخامس: إذا أبدل لفظ الشهادة بالحلف فقال: أحلف، أو أقسم، فالمشهور الإجزاء لاتفاق المعنى.

قوله: **«فإن استلحق النسب بعد الالتعان حد ولحق به الولد»**: لأنه أكذب نفسه في دعواه فتعين عليه حد القذف، وثبت النسب، فإن نفاه فلما مات استلحقه لم يثبت استلحاقه لأنه متهم على [111/و] الميراث، فإن كان للمستلحق ولد ثبت الاستلحاق لبعد التهمة.

---

(1) النوادر 5/ 332؛ المنتقى 5/ 320؛ التاج والإكليل 4/ 137.

(2) النوادر 5/ 332؛ القوانين الفقهية ص161.

(3) البهجة للتسولي 1/ 333.

ولعان الأخرس بما يفهم عنه واقع طلاقه وغيره[1]، وقال **الشافعي**: لا يلاعن الأخرس[2] والصحيح أن اللعان معنى يأتم باليقين، فإذا كمل عليه قيل (. . . . . .)[3] سهماً قصد بقلبه، ويلاعن الأعمى لنفي النسب، فإن قذف بالزنا فهل يلاعن لنفي الحد لإمكان علمه، بذلك بواسطة (عقله)[4] أو يحد إذ لا يتصور منه الرؤية، فيه قولان في المذهب.

قوله: «(وإن)[5] تصادقا على نفي النسب، أو الزنا ففي الاكتفاء بذلك من اللعان خلاف»: وهذا كما ذكره، وإنما ذلك لحق الحمل فيمكن اتفاقهما على نفيه، فلا ينتفي إلا بلعان، إذ هي الصورة الشرعية في هذا الباب، وهذا هو المشهور، والقول الثاني: أنه ينتفي بالتصادق، وفي هذا الباب فروع.

الأول: أن يخوفهما الإمام عقابهما قبل الالتعان رجاء أن يتوبا ويرجعا إلى الحق، ويقال له عند الخامسة إن هذه هي الموجبة التي توجب عليك العذاب والفراق.

الفرع: إذا نفى الحمل، ثم وطئ بعد علمه به ونفيه بطل النفي، ولحق الولد، ولو علم بوضع الحمل ولم ينفه سقط قوله: ولم ينتف عنه.

الفرع: إذا أتت بتوأمين فنفاهما لاعن لعاناً واحداً، وإن نفى أحدهما ثبتا، وإن استلحق أحدهما استلحقا معاً حكماً، لأن التبعيض في ذلك لا يتصور العلم به البتة.

الفرع: اللعان عن الحمل جائز عندنا[6] اعتماداً على حديث عويمر العجلاني لأنه لاعن زوجته وهي حامل، وقال أبو حنيفة وغيره لا يلاعن في الحمل إلا بعد الوضع لاحتمال أن يكون ريحاً (فينفش)[7].

---

(1) المعونة 2/ 910؛ الإشراف 2/ 158؛ بداية المجتهد 2/ 200.

(2) مختصر المزني ص211.

(3) بياض في نسخة: «خع»، وفي نسخة: «خق»: كلمتان غير مقروءتين.

(4) في نسخة: «خق»: (محققة).

(5) في نسخة: «ق»: (وإذا) عوض (وإن).

(6) التفريع 2/ 98؛ الكافي ص287؛ (وعند الشافعية أيضاً: ينظر: الأم 5/ 292؛ روضة الطالبين 8/ 328.

(7) ساقطة في نسخة: «خع».

باب في العدة[1] والاستبراء وما يتعلق بذلك

«ويوجب العدة شيئان»: إلى قوله: **«وأما وضع الحمل»**.

شرح: العدة والاستبراء مشروعان فالأصل العلم ببراءة الأرحام، وقد يكون حيث تحقق البراءة لمكان العبادة والمعنى. والاستبراء كالعدة في كثير من الأحكام، وإن خالفها في التحريم المتأبد في العدة بخلاف الاستبراء على أحد القولين، وذكر أن موجبات العدة ثلاثة: طلاق، وفسخ، وموت وهو كذلك إذ لا موجب للعدة إلا انفصال العصمة، ولا يتوجه الانفصال إلا بأحد هذه، والطلاق (البائن والرجعي)[2] وهما في وجوب العدة سواء.

قوله: «والعدة في غير الموت لا يكون إلا في المدخول بها»: (لأن غير المدخول بها)[3] لا عدة طلاق عليها، وأما عدة الوفاة عليها بعموم الآية وهي من حكم الشريعة حماية للميت ودبا عنه. وحصر أنواع العدة في ثلاثة: إقراء، ووضع حمل، وشهور.

قوله: «ثم هي على ضربين: منها ما يشترك فيه الطلاق، والموت وهو وضع الحمل»: وهذا كما ذكره لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 4] وهذا عموم في كل حامل، وأما المطلقة فلا خلاف أنها تحل بوضع الحمل، وأما المتوفى عنها إذا كانت حاملاً فالجمهور أنها تحد بوضع الحمل اعتماداً على قوله ﷺ لسبيعة الأسلمية[4] حين وضعت بعد وفاة

(1) العدة لغة: مأخوذة من العد والحساب، واصطلاحاً: هي مدة منع النكاح لفسخه، أو موت الزوج، أو طلاقه. ينظر: المصباح المنير 396؛ الفواكه الدواني 2/ 62؛ مواهب الجليل 4/ 140.

(2) في نسخة: «خق»: (بائن).

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) سبيعة الأسلمية بنت الحارث زوج سعد بن خولة لها صحبة. ينظر: تهذيب التهذيب ص748.

زوجها بليل، وفي رواية: **(بعد أربعين ليلة، وقد حللت فانكحي من شئت)**[1] فتغاير الدليلان على مقصود واحد، وذهب ابن عباس إلى أنها (تنتظر)[2] أقصى الأجلين[3] وهي رواية في المذهب.

قوله: «ومنها ما يشتركان في جنسه دون عينه»: وهو الأقراء[4] والمشهور على ما سنبين تفصيله وهذا كما ذكره، لأن المطلقة تعتد بالأقراء إن كانت من ذوات الأقراء، أو بالمشهور إن لم تكن من ذوات الأقراء، أو كانت من أهل ذلك فعرض لها عارض من رضاع، أو مرض، أو استرابة، وكذلك المتوفى عنها تعتد بالأشهر حرة كانت، أو أمة، وتدخل الحيضة في عدتها، فقد شاركت المطلقة في اعتبار.

قوله: «والأقراء ثلاثة: وهي الأطهار»: قلت: اختلف [111/ظ] العلماء في الأقراء المعتدة به فمذهب مالك والشافعي أن الأقراء هي الأطهار[5] وقال أبو حنيفة هي الحيض[6]، واستقرئ نحوه من المذهب. والحجة **قول النبي ﷺ لامرأة سألت في الحيض فقال لها: دعي الصلاة أيام أقرائك**. واحتج أصحابنا بإثبات التاء في العدد وذلك دليل على تذكير المعدود، فدل على أن الأقراء هي الأطهار لا الحيض، وفيه نظر.

---

(1) حديث سبيعة الأسلمية: صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها، حديث (1484) 1/ 1122؛ سنن الترمذي، كتاب الطلاق، باب ما جاء جاء في الحامل المتوفى عنها زوجها تضع، حديث (1194) 3/ 499؛ سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب ما جاء في عدة الحامل، حديث (1306) 2/ 293.

(2) في نسخة: «خع»: (ينظر).

(3) المقدمات 1/ 513؛ بداية المجتهد 2/ 161.

(4) الأقراء: جمع قرء ـ بفتح القاف ـ وأصل القراء الوقت يقال: جاء فلان لقرئه أي لوقته فلما كان الطهر يجيء لوقت سمي قرءاً، وهو يطلق على الطهر والحيض. ينظر: غرر المقالة ص206؛ المصباح المنير 2/ 501.

(5) التفريع 2/ 114؛ المعونة 2/ 912؛ المقدمات 1/ 517؛ بداية المجتهد 2/ 150؛ الأم 5/ 209؛ روضة الطالبين 8/ 366.

(6) مختصر الطحاوي ص217؛ مختصر القدوري بشرح الميداني 3/ 80. وهو مذهب الحنابلة أيضاً. ينظر: الإنصاف 9/ 279.

قوله: «فإذا طلقت في آخر الطهر فحاضت عقب الطلاق بجزء من (الطهر)[1] كان ذلك قرءاً كاملاً وتحل المطلقة بالدخول في دم الحيضة الثالثة»: وهذا هو المشهور كما ذكره أن المطلقة تحل بنفس دخولها عملاً على الأغلب وهو مذهب الكتاب[2]، والقول الثاني: أنها لا تحل حتى تستتم الحيضة الثالثة، واستحسنه **أشهب** طلباً لليقين[3].

قوله: «وعدة الأمة قرءان»: يعني ذات الحيض، وذلك على الشطر من عدة الحرة، إذ هو الممكن في الشطر، والخلاف قائم هل تحل بنفس دخولها في الحيضة الثالثة، أو حتى تستتم كما قدمناه في الأولى، فإن عتقت قبل الطلاق فهي كالحرة، وإن عتقت في أثناء العدة فهي على حكم الأمة.

قال القاضي: **«وأما وضع الحمل فيستوي فيه جميع المعتدات»**: إلى قوله: **«وأما عدة الوفاة»**.

شرح: وهذا كما ذكره، والمعنى أن كل حامل تحد بوضع حملها، وقد قدمنا الخلاف في المتوفى عنها. قوله: «في الأسباب الموجبة له» ففي هذا الضمير الإشكال، والصحيح أنه يفسره المعنى، لأن قوله يستوي في الاعتدادية جميع المعتدات، فالضمير في «له» عائد على اعتدادية الذي يدل عليه الضمير الأول الذي فيه، والمعنى أن الوضع يستوي في الاعتدادية، وفي الأسباب الموجبة للاعتدادية جميع المعتدات فهو ضمير (يفسره)[4] سياق الكلام، وله في كلام العرب نظائر. وقد كان الطلبة يسائلون عن هذا الموضع فكنت أقول لهم ما ذكرته ههنا والله أعلم بصحته.

قوله: «من الطلاق، والفسخ، والشبهة، والموت»: أما الطلاق والفسخ والموت فالأمر فيها ظاهر، وأما الشبهة فلعله إشارة إلى مسألة الكتاب[5] فيما

---

(1) في نسخة: «خق»: (الطهار).

(2) المدونة 2/ 74؛ التفريع 2/ 114 ـ 115؛ الكافي ص293.

(3) المقدمات 1/ 544.

(4) في نسخة: «خق»: (يفسر).

(5) المدونة 4/ 248؛ التاج والإكليل 3/ 517.

إذا تزوج أخوان أختين فأدخلت على كل واحد منهما غير امرأته، فهذا قسم زائد على الطلاق والفسخ والموت.

قوله: «**ولا تنقضي العدة إلا بوضع جميعه**»: وهذا إشارة إلى انفصال بعض الولد، أو إلى ما إذا كان في البطن توأمان فأكثر، فوضعت إحداهما، فلا تحل حتى تضع الجميع اتفاقاً فلا يبرأ الرحم بعد وضع الأول.

قوله: «**من غير مراعاة لتمام الخلق**»: وهذا كما ذكره أن العدة تنقضي بإسقاط العلقة والمضغة، وكل ما يقول النساء أنه ولد، قولهنَّ في ذلك مرجوع إليه معوَّل عليه.

قوله: «**وأما العدة بالشهور ففي الطلاق والفسخ ثلاثة أشهر**»: وهذا حكم اليائسة والصغيرة لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ﴾ الآية فقوله: ﴿إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ﴾ [الطلاق: 4] معناه إن ارتبتم في حكمهن[1]، فقد تضمنت هذه الآية بيان عدة من لا تحيض لصغر، أو كبر وحذف من الطلاق لدلالة الأولى عليه، والمعنى: واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر أيضاً، فحذفت الجملة بأسرها، وفي ذلك ما يبين بحذف أحدهما وهذه معتبرة بالأهلة، فإن ابتدأت عدداً كمل شهر العدد عدداً والباقي بالأهلة كما بينه القاضي. وإذا طلقت في بعض يوم هل تحسبه أو تلغيه فيه قولان حكاهما القاضي[2] وغيره.

قوله: «**وهذا النوع من الاعتداد في المدخول بها المطيقة للوطء**»: وهذا كما ذكره، لأنها إن كانت في سن من لا تطيق الوطء لصغر فلا عدة عليها، وإن وقع الدخول بها قال لأنه جرح وفساد وهذه الثلاثة أقل [112/و] ما يتحرك فيه الحمل غالباً، وذلك سواء في حق الحرة والأمة، والثاني أن عدتها شهر ونصف نظراً إلى أن الأصل التشطير، وقيل عدتها شهران جعل لكل شهر بدلاً من قرء.

---

(1) تفسير ابن كثير 4/ 382، وفيه: وقوله تعالى: ﴿إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ﴾ فيه قولان أحدهما وهو قول طائفة من السلف كمجاهد والزهري وابن زيد أي إن رأين دماً وشككتم في كونه حيضاً، أو استحاضة وارتبتم فيه، والقول الثاني: إن ارتبتم في حكمن عدتهن ولم تعرفوه فهو ثلاثة أشهر...».

(2) التلقين ص103؛ المعونة 2/ 915.

قوله: «**ويستوي فيها**»: هذا الضمير عائد على الثلاثة أشهر، ويحتمل أن يعود على العدة وهذا الذي ذكر القاضي من التسوية هو المشهور وقد ذكرنا الخلاف فيه.

قال القاضي: «**وأما عدة الوفاة**»: إلى قوله: «**وإذا مات**».

شرح: الأصل في عدة الوفاة: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ﴾ الآية [البقرة: 234] وهذه الآية ناسخة للآية المتضمنة لتربص الحول[1]، ومبطلة للأحكام الجاهلية في ذلك[2]، وهذا ما لم تكن حاملاً وهو معنى قول القاضي: لغير الحامل فإن كانت حاملاً حلت بوضع الحمل على المشهور كما قدمناه اعتماداً على حديث سبيعة الأسلمية القصر لعموم الآية المجمل وهل يشترط أن تحيض في هذه الأربعة الأشهر أم لا؟، فيه قولان، المشهور اشتراط الحيض نظراً إلى [أن][3] الغالب في هذه المدة ظهور الحمل أن لو كان، فهي براءة في المعنى، وهذا في المدخول بها. وغير المدخول بها لا تحتاج إلى حيضة كما ذكر، فإن كانت هذه المتوفاة عنها مستحاضة، أو مرتابة بتأخير الحيض فهل يكفي بالأربعة الأشهر والعشرة الأيام أو تنتظر تسعة أشهر، إذ هي أمد الوضع، فيه قولان مبنيان على ما قدمناه. وإن كانت مريضة أو مرضعة فسيأتي حكمها إن شاء الله.

قوله: «**وعدة الأمة شهران وخمس ليال**»: وهذا هو المشهور أنها في هذه العدة على الشطر من عدة الحرة. والقول الثاني أن عدة الأمة ثلاثة أشهر لأنه أقل (في)[4] الحمل، والقول الثالث أنها إن كانت ممن يخشى منها الحل فعدتها ثلاثة أشهر، وإن كانت ممن لا يخشى الحمل فشهران وخمس ليال على النصف من عدة الحرة[5]، وهل تطلب الحيضة في عدة الأمة أيضاً فيه الخلاف المتقدم في الحرة.

---

(1) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا وَصِيَّةً لِّأَزْوَٰجِهِم مَّتَٰعًا إِلَى ٱلْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ [البقرة: 240].

(2) جامع أحكام القرآن للقرطبي 3/ 227.

(3) زيادة اقتضاها السياق.

(4) في نسخة: «خق»: (أمد) عوض (في).

(5) المدونة 5/ 425؛ التفريع 2/ 116؛ النوادر 5/ 29؛ المنتقى 5/ 457.

واختلف المذهب في عدة الكتابية فقيل إنها كالمسلمة، وقيل استبراء رحمها بثلاث حيض، وقيل حيضة واحدة، فمن تمسك بعموم اللفظ جعلها كالمسلمة، ومن رأى أنَّ الخطاب خاص بالمسلمين أوجب عليها ما يحصل عليها براءة الرحم.

قوله: «والمرتابة هي التي ترتفع حيضتها لعارض، أو لغير عارض»: فإن ارتفع لغير عارض فعدتها سنة كاملة لا حيضة فيها البتة، والأقراء إن رأتها، فإن حاضت في أثناء السنة عملت على الحيض وكذلك إن حاضت قبل انقضاء السنة بساعة واحدة فإنها تعمل على الحيض، وإن مرت سنة كاملة ولم تحض فيها البتة برئت[1]، (وبذلك)[2] قضى عمر بن الخطاب فجعل لها تسعة أشهر استبراء، لأنه أمد الحمل المحتمل، وثلاثة أشهر عدة، لأنها بعد التسعة الأشهر سنة، فاعتدت بثلاثة لدخولها تحت قوله سبحانه: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ﴾ الآية. وإن ارتفع لعارض فهو كما ذكره القاضي ثلاثة أسباب: رضاع، أو مرض، أو استحاضة فكل واحد منها سبب يوقف الدم، وقد علم أن كل واحد منها جار على حكمه إذا استمرت العادة، أما المرضع فحكمها انتظار الأقراء إذا علم أن (الرضاع)[3] هو الذي رفع حيضها فهي عى حكم ذوات الأقراء في (طلب)[4] ذلك، فإن انقضى أمد الرضاع انتظرت بعد السنتين بثلاث حيض فلا يبرئها إلا الحيض فأما أن تحيض في أثناء مدة الرضاع ثلاث حيض فهي على كل حال من ذوات الأقراء لا يبرئها غير ذلك، فإن قضى أمد الرضاع ولم تحض وهي مرتابة تنتظر سنة من يوم انقطاع الرضاع، وهذا لا أعلم فيه خلافاً قال **محمد بن المواز** لم يختلف قول **مالك** وأصحابه أن المرضع تنتظر الحيض أبداً حتى ينقطع الرضاع[5].

وههنا فرع حكاه أشياخنا وهو إن أراد الزوج انتزاع ولده الرضيع إلا أن

---

(1) المعونة 2/ 420.

(2) في نسخة: «خق»: (وكذلك).

(3) في نسخة: «خق»: (الدم).

(4) ساقطة في نسخة: «خع».

(5) النوادر 5/ 30.

يكون فيه إضرار بالولد إذا لم يقبل غيرها. وأما المرضعة ففيها قولان: أحدهما: أنها [112/ظ] كالمرضع عدتها الأقراء، وهي رواية **أشهب عن مالك**، فروى **ابن القاسم** تعتد سنة كاملة تسعة أشهر استبراء، وثلاثة عدة اليائسة، وهي رواية **ابن عبد الحكم، وأصبغ**[1]، وأما المستحاضة فقسمان: مميزة، وغير مميزة، فأما غير المميزة فعدتها سنة، وبذلك قضى الصحابة، وعليه الاعتماد، وأما المميزة، ففيها قولان: أحدهما: أنها كغير المميزة فتعتد بالسنة. والثاني: أنها تعمل بالتمييز، والمرتابة بحبس البطن، فحكمها أن تصبر إلى أقصى أمد الحمل[2].

واختلف المذهب في أقصاه فقيل أربعة أعوام[3]، وقيل خمسة أعوام[4]، وقيل سبعة أعوام[5][6]، واستقرئ من المدونة، وقال **أشهب**: لا تحل أبداً حتى تيأس.

قوله: «وفي الوفاة روايتان»: يعني في عدة المستحاضة من وفاة زوجها. وجه القول بأنها كمغير المستحاضة عموم الآية، ووجه القول بأنها تنتظر تسعة أشهر لاحتمال أن تكون استحاضة مع اشتغال الرحم فتنتظر أمد الحمل غالباً[7].

قوله: «وعدة أم الولد من وفاة سيدها»: يعني إن كانت من ذوات الحيض، وإلا فثلاثة أشهر إن كانت ممن لا تحيض سميت الحيضة عدة مجازاً، وإنما هي استبراء.

---

(1) التفريع 2/ 115؛ النوادر 5/ 31؛ المقدمات 1/ 501.
(2) الكافي ص293؛ النوادر 5/ 36؛ بداية المجتهد 2/ 155؛ القوانين الفقهية ص156.
(3) التفريع 2/ 116؛ الإشراف 2/ 173.
(4) التفريع 2/ 116؛ القوانين الفقهية ص157 قال ابن جزي: وهو المشهور وقال القاضي عبد الوهاب: هو الأظهر. ينظر: عيون المجالس 3/ 1375 وذهب غيره إلى أن الأظهر هو الأول أي أربع سنين. ينظر: الكافي لابن عبد البر ص294.
(5) المعونة 2/ 923.
(6) وروى عنه أيضاً ست سنين. ينظر: الكافي ص294.
(7) النوادر 5/ 37؛ المعونة 2/ 923؛ المقدمات 1/ 509.

قال القاضي أبو الوليد للعدة أربعة عشر: حيضة للأمة في الملك، وحيضتان للأمة في النكاح، إذ لا يمكن التشطير بأقل من ذلك.

القسم الثالث: ثلاث حيض للحرة. الرابع: شهران وخمس ليال للأمة في الوفاة. الخامس: ثلاثة أشهر لليائسة والصغيرة. السادس: أربعة أشهر وعشرة للحرة من الوفاة. السابع: أربعة أشهر وعشر مع حيضة لأم ولد سافر زوجها وسيدها وماتا ولم يعلم أولهما موتاً. الثامن: وضع الحمل للحامل، التاسع: المستحاضة وعدتها سنة. العاشر: المسترابة وعدتها سنة. الحادي عشر: المرضع. الثاني عشر: ذات حس البطن أقصى أمد الحمل على ما فيه من الخلاف. الثالث عشر: المريض. وقعت في الكتاب مسألة أم الولد إذا سافر زوجها وسيدها فماتا ولم يعلم أولهما موتاً، اضطرب المتأخرون فيها.

وتحصيل القول في ذلك على مذهب **ابن القاسم** أنه يحتمل أن يكون مات الزوج أو لا فيجب عليها لوفاته شهران، وخمس ليال، وإذا كان بين الموتين أكثر من شهرين وخمس ليال، قد حلت للسيد بمضي عدتها من زوجها بناء على أن الإباحة تقوم مقام الفعل ثم يموت السيد عنها وجبت عليها حيضة. ويحتمل أن يكون السيد مات أو لا فتكون حرة، ثم مات زوجها فوجب عليها أربعة أشهر وعشراً عدة الحرائر، فلما أشكل الأمر وجب عليه العدتان، فإن كان بين الموتين أقل من شهرين وخمس ليال (أو شهران وخمس ليال)[1] فالزوج إن كان هو الميت أولاً فهي لم تحل للسيد، لأنها لم تخرج بعد من العدة فلم يجب عليها حيضة فيجب عليها أربعة أشهر وعشراً، لاحتمال أن يكون السيد أولهما موتاً فيجب عليها عدة الحرائر، ومبنى هذه المسألة على الإباحة هل تقوم مقام الفعل أم لا فمن رأى أنها لا تقوم مقام الفعل فلا حيضة عليها بوجه، ومن رأى الإباحة تقوم مقام الفعل أوجب والله أعلم.

قال اقاضي: **«وإذا مات على الرجعية انتقلت»**: إلى آخر الفصل.

شرح: يتعلق بهذا الفصل انتقال العدد وتداخلها، وقد ثبت أن الطلاق

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

الرجعي لا يقطع العصمة بدليل التوارث وغيره من أحكام الزوجية فلذلك تنتقل الرجعة وتمضي البائن على عدتها، وأما المعتقة في العدة فتمضي على عدة الأمة عند **مالك**، ولا تنتقل إلى عدة الحرة إلا أن يموت عنها بعد أن تعتد من طلاق رجعي[1]، فتنتقل على ما ذكرناه. وقال الشافعي تنتقل إلى عدة الحرة في البائن والرجعي[2]. ومنشأ الخلاف في ذلك هل العدة من أحكام الزوجية أو من أحكام انفصالها، فمن قال من أحكام الزوجية، قال تنتقل ومن قال هي [113/و] من أحكام انفصالها قال: لا تنتقل.

قوله: «وكل رجعة تهدم العدة إلا رجعة المولي والمعسر بالنفقة»[3]:

وهذا مذهب **مالك**[4] أنه إذا راجع امرأته في العدة من الطلاق الرجعي، ثم فارقها قبل أن يلمسها، فإنها تستأنف العدة، وهو قول جمهور الفقهاء الأمصار، وقالت فرقة من العلماء تبني على عدتها الأولى بناء على أن الرجعة لا تهدم العدة[5] وإنما استثنى مالك رَحِمَهُ اللَّهُ المولي، والمعسر بالنفقة، لأن صحة الرجعة في المحلين موقوف على الوطء والإنفاق، فإذا لم يحصلا لم تحصل الرجعة، فإن لم ينفق المعسر ولم يطأ المولي بقيت على عدتها الأولى، إذ الرجعة باطلة، وفي كتاب محمد فيمن خالع زوجته، ثم نكحها في العدة، ثم طلقها قبل أن يمسها أنها تبني على عدتها الأولى، ولو كان الطلاق رجعياً فإنها تستأنف العدة[6] كما ذكرناه قال **ابن القصار** إلا أن يريد برجعته التطويل عليها فإنها تبني على عدتها الأولى[7]. ثم ذكر القاضي في تداخل العدد روايتين ويتصور تداخل العدد من شخص واحد، ومن شخصين فالتداخل من

---

(1) التفريع 2/ 118؛ الإشراف 2/ 169؛ الكافي ص294؛ بداية المجتهد 2/ 157.

(2) الأم 5/ 217؛ الإقناع ص154؛ خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تنتقل في الرجعي دون البائن. ينظر: مختصر الطحاوي ص218؛ مختصر القدوري بشرح الميداني 3/ 81.

(3) فإنهما موقوفان على الفيء والإنفاق. ينظر: المعونة 2/ 926.

(4) التفريع 2/ 119؛ الكافي ص291 ـ 292.

(5) وبه قال الشافعي. ينظر: الأم 5/ 243 ـ 244؛ الإقناع ص153.

(6) النوادر 5/ 35؛ المقدمات 1/ 505؛ بداية المجتهد 2/ 157؛ القوانين الفقهية ص157.

(7) الجواهر الثمينة 2/ 266.

شخص واحد إذا وطئها في العدة فتكفيها ثلاثة قروء، وكذلك حكم الأشهر ويتداخل من شخصين إذا تزوج المرأة في عدتها من غيره وفرقنا بينهما فيكفيها عنها عدة واحدة بالأشهر، أو بالأقراء على أحد القولين، والقول الثاني: أنها تتم عدتها من الأول، ثم تستأنف العدة من الآخر، وهو اختيار الشيخ **أبي القاسم**[1]. ووجه القول بالتداخل هو أن الغرض المقصود من براءة الرحم حاصل بالأولى. ووجه قول **أبي القاسم** أن وطء الثاني له حرمة فوجب استيفاء عدته كالأولى، وهذا مع اتفاق العدد إما بالأقراء وإما بالشهور. فإن اختلفت العدد مثل أن يكون عدة أحدهما الحمل فيندرج فيها الآخر وتنقضي العدتان.

قوله: «**والإحداد**»: يتعلق به حكم الإحداد وهو في الأصل من الحد، وهو المنع، لأنها تمنع من الزينة والطيب وهو واجب في عدة الوفاة على الزوجات الحرائر المسلمات بالإجماع، والدليل على ذلك ما أخرجه أهل الصحيح من حديث أم حبيبة ((**حيث)**[2] **دعت بالطيب فمست به عارضيها ثم قالت: ما لي به من حاجة غير أن سمعت رسول الله ﷺ يقول لا يحل لامرأة مؤمنة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً**)[3].

وأجمع جمهور المسلمين على وجوبه[4]، واختلفوا هل هو عبادة، أو معقول المعنى. فقال مالك هو واجب على كل زوجة حرة، كانت أو أمة، صغيرة، أو كبيرة مسلمة، أو كتابية، وهذا يقتضي أنه مشروع لقطع تشويف

---

(1) التفريع 2/ 59.

(2) في نسخة: «خق»: (حين).

(3) حديث أم حبيبة: صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب حد المرأة على غير زوجها، حديث (1220) 1/ 130؛ صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة، حديث (1487) 2/ 1124؛ سنن الترمذي، كتاب الطلاق، باب ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها، حديث (1195) 3/ 500؛ سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب إحداد المتوفى عنها زوجها، حديث (2299) 2/ 290.

(4) المعونة 2/ 928 ـ 929.

الرجال عن النساء، وحبس نفوس النساء عن إرادة التزويج[1]، وقال أبو حنيفة لا إحداد[2] على الصغيرة إلا من العلة فيها ولا الكتابية[3] بناء على أنها عبادة، ولا تصح العبادة من الكافر لقوله ﷺ في حديث أم حبيبة: **(لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر)** فقيد بالإيمان، وذلك يقتضي أن لا إحداد على الكتابية، وهي رواية **ابن نافع**، **وأشهب** عن **مالك**[4]، ونبه القاضي بقوله: ولا إحداد على مطلقة[5] على مذهب **أبي حنيفة**[6] ومن تابعه[7].

وقد اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة مذاهب فقال **مالك**: لا إحداد إلا في عدة الوفاة[8]، وقال **أبو حنيفة** هو واجب في الوفاة والطلاق البائن[9]، واستحسنه **الشافعي** للمطلقة ولم يوجبه عليها[10]، (والمعتمد)[11] لمالك دليل الخطاب من قوله: «أن تحد على ميت إلا على زوج» ولاحظ أيضاً المعنى أن الميت لا يدب عن نفسه، ولا يدفع عن نسبه بخلاف الحي، ورأى **أبو حنيفة** أن المقصود منه قطع التشويف في العدة، وذلك مطلوب في حق الحي والميت حفظاً للأنساب[12].

---

(1) المعونة 2/ 928 ـ 929؛ القوانين الفقهية ص158.

(2) الإحداد: أصله المنع، وسمي البواب حداداً، ويقال منه: حدت المرأة وأحدت فهي حاد ومحد، سميت بذلك لامتناعها من الزينة، وقال ابن عرفة: هو ترك ما هو زينة ولو مع غيره. ينظر: غرر المقالة ص207؛ شرح حدود ابن عرفة 1/ 312.

(3) مختصر القدوري بشرح الميداني 3/ 85؛ تحفة الفقهاء 1/ 252؛ المبسوط 6/ 60.

(4) التفريع 2/ 119؛ الكافي ص295؛ التمهيد 17/ 316.

(5) التفريع 2/ 119؛ الكافي ص295؛ المعونة 2/ 928؛ القوانين الفقهية.

(6) المبسوط 6/ 58؛ شرح فتح القدير 4/ 160.

(7) لعله يقصد الشافعي. ينظر: مختصر المزني ص928.

(8) التفريع 2/ 119؛ المعونة 2/ 928؛ التمهيد 17/ 317؛ القوانين الفقهية ص158.

(9) مختصر القدوري بشرح الميداني 3/ 85.

(10) بل استحبه وهو قوله في الجديد، وأوجبه في القديم. ينظر: الأم 5/ 230؛ روضة الطالبين 8/ 405؛ مغني المحتاج 3/ 398.

(11) في نسخة: «خق»: (العمدة).

(12) المبسوط 6/ 58؛ شرح فتح القدير 4/ 160.

قوله: «والإحداد على كل زوجة مات زوجها عنها»: عموم دخلت الأمة بالتزويج، والكتابية وقد ذكرنا الخلاف في الكتابية، وخالف قوم في الزوجة إذا [113/ظ] كانت أمة. وأسقطوا الإحداد عنها، والجمهور على خلافه لعموم اللفظ، وقد تقدم الخلاف في امرأة المفقود إذا طلق عليه هل تحد أم لا؟ فيه قولان ذكرهما فيما تقدم.

قوله: «والإحداد هو الامتناع من الزينة»: هو كما ذكره قال (أبو **القاسم**)[1] **بن محرز**: الإحداد هو ترك الزينة المعتادة في الخلوات للأزواج وهذا ضابط كلي[2].

واختلف المذهب هل تدخل الحمام من ضرورة أم لا؟، والمنصوص الامتناع من ذلك (وقد نهى ﷺ المرأة التي اشتكت إليه أن ابنتها توفي زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحلها. قال: **لا مرتين أو ثلاثاً**)[3] الحديث وهذا نص في الباب.

قوله: «ولا إحداد على ملك اليمين»: هذا مذهب الجمهور لقوله ﷺ: **(إلا على زوج)**.

قوله: «ولا يجوز للمعتدة من وفاة، أو طلاق أن تنتقل عن بيتها التي كانت فيه»: الأصل في منع المعتدة من الانتقال حديث العوفية بنت مالك[4] أخت أبي سعيد الخدري **لما سألت** ﷺ **فقالت إن زوجي خرج في طلب أعبد له فلما أدركهم قتلوه ولا منزل له يملكه ولا نفقة ينفق علي وأنا امرأة شاسعة الدار فإن رأيت أتحول إلى أهلي وجيراني فعلت قالت: فأذن لي فلما كنت في**

---

(1) ساقطة في نسخة: «خع».

(2) ينظر: كلام ابن محرز في كتاب الجواهر الثمينة 2/ 272.

(3) حديث المرأة التي اشتكت إلى رسول الله ﷺ أن ابنتها توفي زوجها...: صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً، حديث (5024) 5/ 2042؛ صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة، حديث (1488) 2/ 1124.

(4) الفريعة بنت مالك بن سنان الأنصارية أخت أبي سعيد الخدري، صحابية لها حديث قضى به عثمان، ويقال لها: الفارعة. ينظر: تهذيب التهذيب 12/ 445.

الحجرة دعاني فقال لي اسكني حتى يبلغ الكتاب أجله)[1] الحديث وهو مقتضى قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ﴾ الآية [الطلاق: 1] على حسب اختلاف العلماء في تفسير الفاحشة المذكورة في الآية[2]، فقيل الزنا (وتحرم حينئذ)[3] الإقامة عليها، وقيل أذاء الجيران ولو انتقلت من مسكن النكاح، ثم طلقت بعد الانتقال اعتدت في المسكن المنتقل إليه إلا أن يقصد بالانتقال إخراجها من مسكنها حتى لا تعتد فيه، فإنها ترجع إلى المسكن الذي كانت فيه هذه نصوص الروايات، وتخرج المعتدة في حوائجها نهاراً، وفي طرف الليل إذا كان مثلها تقضي حوائجها، وتخرج من مسكنها لخوف سقوطها، أو عورة يخاف منه (لا)[4] يتأتى المقدم (مع)[5] وجوده. وحكم البدوية والقروية في ذلك سواء إلا أن يرحل أهلها ويلحقها الضرر بالمقام معه فترحل معهم وتنثوي حيث انثوى (أهلها)[6] لا حيث أهل الزوج.

وههنا فروع:

الأول: إذا كان أذن لها في السفر وطلق قبل مفارقة عمران البلد رجعت إلى البلد وهذا نص الروايات. ولو خرج بها إلى الحج فمات رجعت إلى

---

(1) حديث الفريعة. . . : سنن الترمذي، كتاب الطلاق، باب ما جاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها، حديث (1204)، 3/ 508؛ سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في المتوفى عنها تنتقل، حديث (2300) 2/ 191؛ سنن النسائي، كتاب الطلاق، باب مقام المتوفى عنها زوجها، حديث (3528) 6/ 199؛ سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب أين تعتد المتوفى عنها زوجها، حديث (2031) 1/ 645.

(2) قال ابن عبد البر في التمهيد 18/ 149: اختلف العلماء في تأويل قول الله ﷻ في المطلقات: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾، فقال قوم الفاحشة ههنا الزنا، والخروج لإقامة الحد، وممن قال ذلك: عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والشعبي. . . وقال ابن مسعود وابن عباس: الفاحشة إذا بذت بلسانها، وهو قول سعيد بن المسيب وغيره، وقال قتادة: الفاحشة النشوز. . . .

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) في نسخة: «خق»: (إلا).

(5) في نسخة: «خق»: (معه).

(6) ساقطة في نسخة: «خع».

منزلها من مثل اليومين، أو الثلاثة فإن بعدت وحرمت (بعدت لوجتها)[1]، وترجع في غير سفر الحج بعدت أو قربت إن استطاعت ذلك إلا أن يتبين عرجها، وهذا في سفر الأوبة، وأما سفر الانتقال فحكمها إذا مات عنها، أو طلقها في أثناء سفر الانتقال، أن تعتد في أقرب الموضعين إليها إما المؤذي مع المنتقل إليه وإما المنتقل منه[2]، وسيأتي حكم المتوفى عنها.

قال القاضي: «**وللرجعة السكنى حاملاً**»: إلى آخر الفصل.

شرح: قد قدمنا أن أحكام الزوجية باقية مع الطلاق الرجعي فللمطلقة الرجعية السكنى، والنفقة حائلاً كانت أو حاملاً، والدليل على ذلك قوله سبحانه في الرجعية: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ الآية [الطلاق: 6].

وأجمعوا على وجوب النفقة للمبتوتة إن كانت حاملاً لأجل الحمل، واختلفوا في المبتوتة غير الحامل على ثلاثة مذاهب، قال الكوفيون لها السكنى والنفقة[3]، وقال **أحمد، وداود، وإسحاق، وأبو ثور** لا نفقة لها ولا سكنى[4] فقال **مالك والشافعي** لها السكنى دون النفقة[5] احتج الكوفيون بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ﴾ الآية. وظاهر العموم. ومحظوره يوجب حفظ النسب، وتحقيق حرمة، ولا يزول ذلك بزوال الزوجية، وأتبعوا النفقة السكنى لملازمتها في الوجوب بعد عقد الزوجية؟ وقد روى ذلك عن عمر بن الخطاب أنه قال في حديث فاطمة بنت قيس[6] المذكور ونصه: **(قالت طلقني ثلاثاً على عهد رسول الله** [114/و] ﷺ **فأتيته** ﷺ **فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة)** خرجه

(1) في نسخة: «خع»: (بعدة لوجاهتها).
(2) الجواهر الثمينة 2/ 273.
(3) مختصر الطحاوي ص225؛ مختصر القدوري بشرح الميداني 3/ 86؛ المبسوط 5/ 201.
(4) المحرر 2/ 116؛ الإنصاف 9/ 361؛ المغني 9/ 288؛ المحلى 10/ 78؛ بداية المجتهد 2/ 158.
(5) المعونة 2/ 932؛ المقدمات 1/ 515؛ بداية المجتهد 2/ 158؛ الأم 5/ 235؛ مغني المحتاج 3/ 401.
(6) فاطمة بنت قيس بن خالد الفهرية أخت الضحاك، صحابية مشهورة، روت عن النبي ﷺ وروى عنها القاسم بن محمد، عاشت إلى خلافة معاوية. ينظر: تهذيب التهذيب 12/ 443.

مسلم، في بعض طرقه: (**إنما السكنى والنفقة لمن تزوجها على الرجعة**)[1] وبهذا القول قال علي بن أبي طالب وابن عباس وجابر بن عبد الله، واحتج **مالك والشافعي** بأن النفقة عوض عن الاستمتاع بدليل سقوطها للناشزة، فتسقط حيث تعذر الاستمتاع وتعذر ذلك في المبتوتة ظاهر.

وأما السكنى فوجب لها لحرمة النسب، ووجوب حفظه؟، ولا يزول ذلك بزوال الزوجية، وأسند من طريق النقل ما رواه في موطئه **أن رسول الله ﷺ قال لفاطمة بنت قيس ليس عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم (كلثوم)**[2][3] وهذا لا يقتضي إسقاطه السكنى، وإنما أمرها بالاعتداد في بيت أم كلثوم، لأنه كان في أمانتها براء.

قال القاضي: «**إلا أن تكون حائلاً من الحر دون العبد**»: لأن ولد العبد إن كان رقيقاً فنفقته على مالكه، وإن كان حراً فهو فقير.

قوله: «**ولا نفقة للملاعنة حاملاً كانت أو حائلاً**»: قلت لأن فراق الملاعنة بائن فلا نفقة لها، وولدها منتف باللعان فلا نفقة له[4].

قوله: «**ولا لمعتدة من وفاة**»: هو كما ذكره، لأن المال بالموت منتقل إلى الورثة.

قوله: «**ولها السكنى**»: يريد المتوفى عنها زوجها، وهذه المسألة مختلف فيها بين أهل العلم. وصريح مذهب مالك أنها أولى من الورثة

---

(1) حديث فاطمة بنت قيس...: صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾، حديث (5016) 5/ 2039؛ صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، حديث (1480) 2/ 1117؛ سنن الترمذي، كتاب الطلاق، باب ما جاء أن لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، حديث (1135) 3/ 440 ـ 441.

(2) كذا والصواب (أم شريك) كما في الموطأ وهي العامرية، ويقال الأنصارية، اسمها غزية ويقال غزيلة بنت دودان بن عمرو بن عامر، ويقال هي التي وهبت نفسها للنبي ﷺ روت عنه ﷺ وعنها جابر بن عبد الله وسعيد بن المسيب وغيرهما. ينظر: تهذيب التهذيب 12/ 472.

(3) موطأ مالك، كتاب الطلاق، باب ما جاء في نفقة المطلقة (1210) 2/ 580.

(4) الشرح الكبير 2/ 516.

والغرماء بمنافع مسكنها إذا كان السكنى له، أو بكراء نقده، فإن لم يكن المتوفى أدى كراء المسكن فالمشهور أَلَّا سكنى لها في مال الميت وإن كان موسراً[1]، وفي كتاب محمد الكراء لازم للميت فخرج من ماله. وإذا بنينا على المشهور فللورثة إخراجها إلا أن تسكن في حصتها، فإن نقد بعض الكراء وبقي بعضه سكنت فيما نقد[2].

واختلف المذهب فيما لم ينقد هل يلزم في ماله أو لا؟ ونص في الكتاب على أنها إذا كانت في دار بكراء، ولم يكن نقد الكراء، أو رضى أهل الدار بالكراء منها فليس لها أن تخرج من الدار إلا أن يغلو من الكراء ويخرجه من كراء المثل، فلها أن تنتقل[3] واختار القرويون والصقليون التسوية بين ما نقد كراءه، وما لم ينقد إذا كان الكراء (لمدة معينة)[4]، وروى أنها أحق بالسكنى، وإن لم ينقد وهو اختيار **أبي محمد عبد الحق**[5]، ونصوص الروايات التفريق بين أن ينقد الكراء أم لا[6]؟

وههنا فروع:

الأول: إذا أراد الزوج، أو الورثة بيعها، واشترط سكنى زوجته فالمشهور الجواز، لأن عقدتها بالأشهر، أو وضع الحمل، والشاذ أن البيع فاسد، وهو قول **محمد بن المواز وابن عبد الحكم** قال لأنها قد ترتاب فتطول العدة.

وأما الزوج فلا يجوز بيع ذلك، واشترط سكنى مطلقته إلا أن تكون عدتها بالأشهر، لأن القرء والحمل مجهولان (فإن كانت)[7] ذات الأشهر ممن (يترقب)[8]

---

(1) كفاية الطالب 2/ 164.

(2) في جملة هذه الأحكام. ينظر: التفريع 2/ 120؛ المعونة 2/ 934؛ عيون المجالس 3/ 1362.

(3) في نسخة: «خع»: عبارة غير مقروءة تشبه: (بعد معسور).

(4) كفاية الطالب 2/ 165.

(5) النكت لعبد الحق الصقلي ق141/ و مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم (350ق).

(6) حاشية الدسوقي 2/ 489.

(7) في نسخة: «خع»: (فكانت).

(8) في نسخة: «خع»: (يترتب).

الحيض، فهل يجوز بيع الدار واشتراط قبضها عند البراءة فيه خلاف والظاهر المنع لأنه غرر.

الفرع: إذا وقع البيع في المسكن على اشتراط القبض عند اشتراط الريبة فالمشهور فساد البيع، وقال **سحنون** ولا حجة للمشتري إن تمادت الريبة، لأنه دخل على ذلك وفي كتاب محمد هي أحق بالمقام حتى تنقضي الريبة، وقيل إن للمشتري الخيار في فسخ البيع وإمضائه.

الفرع: نص شيوخنا على أن امرأة الأمير (لا يخرجها الأمير)[1] القادم حتى تنقضي عدتها، وكذلك من حبست عليه ذلك، ثم على آخر (بعده)[2] كإمام المسجد[3]. ولو حبس المنزل على رجل حياته فلزوجته السكن في عدتها، وإن تأخرت إلى أقصى الحمل، لأن العدة من أسباب الميت لحرمة نسبه، ولو كان الحبس سنين معلومة فانقضت قبل انقضاء العدة فإن رجع إليه الحبس إخراج زوجته بخلاف التحبيس عليه حياته.

قوله: «وعلى المرأة رضاع ولدها ما دامت زوجة أبيه»: وهذا كما ذكره[4] لأن حقوق الزوجة كوجوب الخدمة للعبادة عليها إذا [114/ظ] كان ممن يليق بها ذلك، فإن لم يقبل غيرها تعين عليها الرضاع لأنه من باب إجبار النفوس، فإن طلبت العوض على ذلك في هذه الصورة فهل يقضى لها بذلك أم لا؟ فيه قولان، وسواء في ذلك الزوجة والمطلقة، وقد قال سبحانه: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6] وذلك في المطلقات، فإن كان الأب عديماً تعين عليها الإرضاع بغير عوض، فإن لم يكن لها لبن، والأب عديم فهل يلزمها أن تستأجر من يرضعها أم لا؟ فيه قولان فالمشهور أنه لا يلزمها ذلك لأنه من فقراء المسلمين واختار معه أنه فرض كفاية لا فرض عين، واختار **محمد بن المواز** (أن عليها)[5] أن تستأجر له.

---

(1) ساقطة في نسخة: «خع».
(2) ساقطة في نسخة: «خع».
(3) حاشية الدسوقي 2/ 489؛ الفواكه الدواني 2/ 65.
(4) التفريع 2/ 112؛ الكافي ص297؛ المعونة 2/ 934.
(5) ساقطة في نسخة: «خق».

والمعتمد عليه في إيجاب الرضاع عليها قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ [البقرة: 233] فهو خبر بمعنى الأمر، وما جرى به العرف في الشريعة كالمشترط، ولو طلبت الأم إرضاعه بأجرة، والأب عديم فوجد من يرضعه بغير أجر، أو بدون أجرة الأم. قال الشيخ أبو القاسم بن الكاتب[1] إلا أن يجد من يرضعه غير أمه باطلاً أو بدون ما طلبته الأم فكذلك له[2]. وإن كان الأب عديما، والولد موسراً فللأم أخذ الأجرة على الرضاع من مال الولد لأنه غني لا يتعين عليها إخدامه.

قال القاضي: «**وعلى الرجل نفقة ولده الصغير إلى الحضانة**».

شرح: الأصل في وجوب النفقة[3] للولد على الوالد الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَٰقٍ﴾ [الإسراء: 31] وأما السنة قوله ﷺ: (**تقول لك زوجتك أنفق علي أو طلقني، ويقول عبدك أنفق علي أو بعني، ويقول لك ولدك إلى من تكلني**) فبين ﷺ أن كل واحد من الثلاثة الأصناف يحتج بما ذكره على وجوب النفقة له، وقرن النظير بالنظير، فدل على وجوب الجميع، وهو مقتضى الإجماع. وقال ﷺ: (**أكبر الكبائر أن تجعل لله نداً وهو خلقك، ثم أن تزني بحليلة جارك، ثم أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك**)[4].

ويتعلق بهذا الفصل ذكر النفقة المستحقة بالقرابة وهي عندنا واجبة (لأول)[5] طبقة من الأصول والفصول فقط دون أولاد الأولاد والجدات

---

(1) أبو القاسم عبد الرحمن بن محمد الكناني المعروف بابن الكاتب، من أهل القيروان جرت بينه وبين أبي عمران الفاسي مناظرات، وله تآليف كثيرة في الفقه توفي سنة (408هـ ـ 1018م) بالقيروان. ينظر: شجرة النور الزكية ص106ع 273.

(2) الجواهر الثمينة 2/ 217.

(3) النفقة: ما به قوام معتاد، حال الآدمي دون سرف. ينظر: شرح حدود ابن عرفة 1/ 321.

(4) حديث أكبر الكبائر...: صحيح البخاري، كتاب التفسير، باب قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ ٱللَّهِ إِلَٰهًا ءَاخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ ٱلنَّفْسَ ...﴾، حديث (4483) 4/ 1784؛ سنن الترمذي، كتاب فضائل القرآن، باب ومن سورة الفرقان، حديث (3182) 5/ 336.

(5) في نسخة: «خع»: (لأن) والصواب ما أثبته من نسخة: «خق».

والأجداد. وأوجب **أبو حنيفة** النفقة لكل ذي رحم[1]، وشذ فأوجب نفقة ابن أخت الفقير على خاله الغني دون ابن عمه المستحق بميراثه حكاه عنه **القاضي إسماعيل** في أحكام القرآن وذلك كله مع كبير المستحق عليه النفقة وغير مستحقها من الآباء والأبناء، واشترط في الأبناء صغرهم وعجزهم عن التكسب، ولا يشترط وجوب نفقة الولد الكافر على والده المسلم وبالعكس فلا يشترط في وجوب النفقة التساوي في الدين، وأطلق القاضي بقوله: **«وعلى الرجل نفقة ولده الموسر ولا يلزمه التكسب»**: لأجل نفقة القريب بخلاف تفقة الزوجات، ولذلك كانت نفقة الزوجات أوجب، ولا يباع على الولد في نفقة والده وعلى الوالد نفقة ولده عبد ولا عقار إذا لم يكن في ذلك فضل عن حاجته، وإنما يقضي على الموسر بما يزيد على مقدار حاجته.

قوله: **«إلا أن يكون مجنوناً، أو زمناً لا مال له فإن وجوب النفقة مستدام على الأب»**: وهذا هو المشهور كما ذكره، والقول الشاذ عندنا أن النفقة تسقط عنهم ببلوغهم على أي حالة بلغوا.

واختلف المذهب أيضاً إذا بلغوا أصحاء، وسقطت النفقة ثم عجزوا فالمشهور أن النفقة لا تعود[2] لأن الحكم (أسقطها)[3]، وقال عبد الملك تعود[4] مراعاة (العلة)[5] الوجوب رعياً للقرابة، وتسقط نفقة الثيب بدخولها عند زوجها، فإن طلقها بعد الدخول وعادت إليه لم تعد النفقة إلا أن تعود غير بالغة فتعود النفقة.

قوله [115/و]: **«ولا نفقة على الأم»**: هو مذهب **مالك**[6] خلافاً **للشافعي**[7].

---

(1) الهداية 2/ 327؛ شرح فتح القدير 4/ 220.
(2) المعونة 2/ 937.
(3) في نسخة: «خع»: (إسقاطها).
(4) الكافي ص298.
(5) كذا.
(6) المدونة 5/ 362؛ التفريع 2/ 112؛ عيون المجالس 3/ 1401؛ حاشية الدسوقي 2/ 524.
(7) الأم 5/ 100؛ مختصر المزني ص234؛ الإقناع ص143.

قوله: «وعلى الولد الموسر أن ينفق على أبويه المعسرين»: وهو كما ذكره لأنه من البر الواجب وهل يقضي على الولد الموسر أن يزوج أباه، فيه قولان مبنيان على النكاح هل هو من باب الضرورات، فيلحق بالنفقة، أو من باب المكرمات، والمشهور أنه يقضي عليه لأبيه، وينفق على زوجته، فأما إذا كانت أمه فلا خلاف في وجوب النفقة عليه، وإن كانت غير أمه فالمشهور وجوب النفقة لها عليه، وذلك كله من باب الإرفاق، ولذلك وجبت عليه خدمته، فإن (اجتمع)[1] أولاد، وجبت النفقة على الموسر منهم، فإن كانوا كلهم موسرين وجبت النفقة على جميعهم.

واختلف المذهب في كيفية التوزيع فقيل على حسب المواريث على الذكر مِثْلاً ما على الأنثى وهو رواية مطرف وغيره عن مالك وقال أصبغ بالتسوية، وقال محمد: على اليسار والجدة[2].

قوله: «ولا نفقة للجد ولا للجدة»[3]: خلافاً **للشافعي**[4] أيضاً وقد تقدم الكسوة والسكنى وجميع المؤن لازماً جرياً على العوائد، والواجب من ذلك مقدار الحاجة.

قال القاضي: **«وإذا طلق امرأته فالحضانة للأم»**.

شرح: الحضانة[5] هي الكفالة للولد ما دام محتاجاً للكفالة وهي مشروعة لكل من كانت له الشفقة منها أقرب، وعلى الولد أغلب، ولا يتقدم الأم في ذلك أحد، فلذلك قدمها الشرع في قوله ﷺ: **(أنت أحق به ما لم تنكحي)**[6] واختلف قول **مالك** هل الحضانة حق للأم، أو حق للولد على

---

(1) في نسخة: «خق»: (اجتمعت).

(2) النوادر 5/ 66.

(3) التفريع 2/ 113؛ الإشراف 2/ 178؛ الكافي ص298.

(4) الأم 5/ 100، 87؛ روضة الطالبين 9/ 83؛ الإقناع ص143.

(5) الحضانة: أصله من حضن الطائر فراخه إذا غطاها بجناحيه وفي الاصطلاح: هي حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه. ينظر: غرر المقالة ص208؛ شرح حدود ابن عرفة 1/ 324.

(6) حديث: **(أنت أحق به ما لم تنكحي)**: سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب من أحق =

الأم[1] حكى **أبو الفضل بن عمرو البغدادي**[2] في تعليقه عن **مالك** روايتين، وحكى **الإمام المازري وأبو الطاهر** وغيرهما في ذلك رواية ثالثة أنها حق لهما[3] فالأم أحق الناس بالحضانة على ولدها إذا كانت عاقلة أمينة في حرز ومنعة حرة كانت أو أمة، فإن كانت ذمية فهل لها (من)[4] الحضانة ما للمسلمة أم لا؟، فيه قولان: المشهور أنها كالمسلمة، وتمنع أن تغذيهم بالخمر والخنزير وتنشئتهم على المحارم، فإن خيف ضمت إلى الناس من المسلمين.

ويشترط كون (الحاضنة)[5] فارغة من الشواغل، فإن كانت متزوجة فلا حق لها في الحضانة، وهذا يدل على أن الحضانة حق للولد فإن كان الزوج ممن له نسب للطفل فهل يسقط حقها منها أم لا؟ فيه قولان: فالمشهور نظراً سقوطها وهو اختيار ابن وهب وقيل لا (يسقط)[6][7] وهو نص القاضي وهو المشهور نقلاً لا نظراً فإذا بطلت حضانة الأم بالتزويج ثم طلقت فهل تعود الحضانة أم لا؟ المشهور أنها لا ترجع، والشاذ أنها ترجع، وكذلك يسقط حق الحاضن إذا خيف على الولد في دينه، أو بدنه، أو أخلاقه.

وأم الأم تلي الأم في استحقاق الحضانة، ويتعلق بذلك (حكم)[8] اجتماع الحواضن فأول الإناث الأم، ثم الجدة؟ ثم الخالة، ثم الجدة للأب، ثم جدة الأب، ثم الأخت ثم العمة، ثم بنت الأخ.

= بالولد، حديث (2276) 2/ 283؛ المستدرك 2/ 225، قال الحاكم صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(1) المدونة 2/ 244؛ التفريع 2/ 71؛ المقدمات 1/ 570؛ القوانين الفقهية ص149.

(2) أبو الفضل بن عمرو المالكي البغدادي كان فقيهاً صالحاً أصولياً، مات سنة (452هـ - 1060م). ينظر: طبقات الشيرازي ص171.

(3) الجواهر الثمينة 2/ 320.

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) في نسخة: «خق»: (الحضانة) وهو خطأ نسخي واضح.

(6) في نسخة: «خق»: (يسقطه).

(7) التفريع 2/ 70؛ المعونة 2/ 941؛ المقدمات 1/ 941؛ المقدمات 1/ 569 - 570؛ القوانين الفقهية ص149.

(8) ساقطة في: «خق».

واختلف في خالة الخالة هل هي كالخالة أم لا؟ على قولين[1].

وأول الذكور الأب، ثم الأخ، ثم الجد، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم. واختلف في المولى الأعلى للأسفل هل لهما حق في الحضانة أم لا؟ والصحيح الاستحقاق رعياً للقرابة، فإن اجتمع الوصي والعصبة الذكور، فالمنصوص أن الوصي أولى وهو مقدم على جميع العصبة كالنكاح. أجري فيه بعض الشيوخ الخلاف على الخلاف في الولاية في النكاح، فإن اجتمع الذكور والإناث فالأم مع أمها متقدمتان على جميع الرجال، فاختلفت الرواية فيمن بعد الجدة والأم من يقوم مهما، فقيل جميع النساء مقدمات عليه، وقيل الثلاث وحدها مقدمات عليه، وقيل هو مقدم على الخالة. وهذه الروايات الأربع واقعة في المذهب، ومبناها على النظر في تحقيق المناط.

قوله: «وحضانة الغلام»: [115/ظ] يتعلق به ذكر منتهى الحضانة. أما الأنثى فإلى دخول زوجها بها. وأما الذكر، فيه روايتان: الأولى: أن منتهاها إلى البلوغ، وقيل الأثغار[2]. وقال **ابن الماجشون** إذا قارب الاحتلام أو نبت واسودت عانته سقطت الحضانة[3].

قوله: «وليس للأب أن يسافر بولده الصغير إلا أن يكون خروج انتقال»: وهذا كما ذكره، لأن سلطانه قائم عى ولده وولايته بيده، فإذا أراد سفر الانتقال فله انتزاعه منها، ويسقط حقها من الحضانة إلا أن توافقه على السفر معه، وليس له (ذلك)[4] في سفر الترجعة أو التجارة وهل يسافر بهم في البحر أم لا؟ فيه قولان في المذهب الصحيح الجواز مع علة الأمن اعتماداً على قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى يُسَيِّرُكُمْ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ﴾ [يونس: 22] وللأب أن (يشسع)[5] بولده وليس ذلك للأم.

---

(1) الفواكه الدواني 2/ 66.

(2) الأثغار: سقوط سن الصبي ونباتها، من الثغر وهو ما تقدم من الأسنان. ينظر: النهاية في غريب الحديث 1/ 213.

(3) التفريع 2/ 72؛ عيون المجالس 3/ 1404؛ الكافي ص297؛ المقدمات 1/ 571.

(4) ساقطة في: «خق».

(5) كذا في النسختين، ولعل الصواب: (يسافر).

قال القاضي: «**ومن ملك أمة حاملاً**»: إلى آخر الفصل.

شرح: الأصل في الاستبراء قوله ﷺ: (**لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تحيض**)[1] ولقوله ﷺ: (**من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماؤه زرع غيره**)[2] وهذا واجب في كل أمة غلب على الظن حملها أو شك في وجوده، وساقط في كل من أمن منها الحمل لصغر، أو كبر، وقدر الاستبراء قرء واحد إن كانت من ذوات الأقراء، فإن كانت من ذوات الأشهر فثلاثة أشهر، فإن كانت حاملاً فوضع حملها، وإن كانت مسترابة فزوال الريبة فيمن استرابت بجس البطن بانتظار أمد الوضع، إلا أن تذهب لريبة قبل ذلك وقد تقع الريبة بالمرض، والرضاع، والاستحاضة، وقد قدمنا ذلك.

وههنا فروع:

الأول: إذا بيعت في آخر أيام حيضتها فليس الباقي من حيضتها قروء، وإن بيعت في أول حيضتها فالمشهور أن ذلك استبراء، والشاذ: أنه لا يجزي، وتستأنف قرءاً. فإن كانت ممن تحيض من السنة أشهر إلى مثلها فهل يكفيها ثلاثة أشهر أم لا يكفيها إلا أن ترى الحيضة، ففيه قولان عندنا.

وأقل الحيضة في العدة والاستبراء خمسة أيام قاله **عبد الملك وسحنون** وقال **ابن مسلمة** أقله ثلاث[3]، وسئل مالك عمن حاضت يوماً أو يومين فقال يسأل النساء[4].

قوله: «**وليس عليه استبراء فيمن لا يوطأ مثلها، ولا عمن يعلم براءة رحمها**»: وهذا يقتضي ذكر الاستبراء الموجبة له ولا خلاف في مذهب مالك في سقوط الاستبراء فيمن لا يطيق الوطء جملة[5]. واختلف المذهب في فروع:

---

(1) حديث: **(لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض)**: مصنف عبد الرزاق 7/ 226؛ سنن البيهقي الكبرى 9/ 124.

(2) حديث: **(من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماؤه زرع غيره)**: سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في وطء السبايا، حديث (2158) 1/ 248.

(3) المقدمات 1/ 545.

(4) المدونة 1/ 53.

(5) المعونة 2/ 945.

الأول: إذا كانت ممن تطيق الوطء، ولا تحمل كبنت تسع سنين، أو عشر سنين، فهل يجب عليها الاستبراء أم لا؟، فيه قولان أوجب **ابن القاسم** اعتباراً باحتمال الوطء، وسد الذريعة وأسقطه **ابن عبد الحكم** لامتناع الحمل في مثلها غالباً[1].

الفرع الثاني: اليائسة التي قعدت عن المحيض هل يجب فيه الاستبراء فيه قولان: **ابن القاسم** أوجبه، **وابن عبد الحكم** أسقطه.

الفرع الثالث: إذا انتقل الملك من امرأة أو صبي أو مجبوب ممن لا يمكن منهم الوطء هل يجب فيه الاستبراء أم لا؟، فيه قولان، فمن لاحظ المعنى أسقط، ومن غلب العبادة أوجب.

الفرع الرابع: إذا كانت الأمة المشتراة بكراً هل يجب فيه الاستبراء أم لا، فيه قولان: المشهور وجوبه، لأن البكر قد تحمل. الثاني: استحبابه احتياطاً وهو اختيار بعض أشياخنا تغليباً للغالب.

الفرع الخامس: إذا باعها بالخيار، ثم ردت عليه بعد أن غاب عليها المشتري الذي كان الخيار له، ففيها روايتان: المشهور: استحباب الاستبراء في هذه الصورة[2]، لأن ملك البائع باق عليها بدليل الضمان، فالملك لم ينتقل حقيقة، والقول الثاني وجوب الاستبراء [116/و].

قال **القاضي أبو الفرج** هذا القياس، وصوبه **اللخمي** إذا غاب عليها، وكان الخيار له[3].

الفرع السادس: الاستبراء بسوء الظن كاستبراء الأمة خوفاً أن تكون زنت[4] فيه قولان، إيجابه **لابن القاسم**، وإسقاطه **لأشهب**.

الفرع السابع: الأمة إذا باعها ذو محرم هل يجب استبراؤها أم لا؟ وكذلك المكاتبة إذا كانت تتصرف فخرجت وعادت إلى سيدها هل يجب الاستبراء في هذه الصورة أم لا؟.

---

(1) حاشية الدسوقي 2/ 476.
(2) المدونة 6/ 128.
(3) مواهب الجليل 4/ 173.
(4) القوانين الفقهية ص159؛ حاشية الدسوقي 2/ 490.

الفرع الثامن: المودعة تحيض عند المودع، ثم يشتريها بعد الحيض وهي لا تخرج ولا يدخل عليها أحد ويشتريها ممن هو ساكن معه، وقد حاضت الزوجة والولد الصغير قال **ابن القاسم**: إن كانت لا تخرج (أجزأه)[1] حيضتها الأولى، وقال أشهب: إذا كان هو الداب عنها، والناظر لها في أمرها كانت تخرج أم لا؟، وكذلك أحد الشريكين تكون الجارية تحت يده فيشتري (نصيب)[2] شريكه بعد أن حاضت عنده، فالمشهور الاكتفاء بذلك، فأسباب (انتقال)[3] الملك سواء كالبيع، والصدقة، والهبة، والوصية، والميراث، والفسخ، والإقالة.

قوله: «ولا يجوز لمن وطئ أمة أن يبيعها قبل أن يستبرأها»: وهذا كما ذكره لاحتمال أن تكون حاملاً[4].

قوله: «وإن اتفقا على استبراء واحد جاز»: وهذا كما ذكره لأن المقصود حصول البراءة وذلك يحصل بالاستبراء الواحد.

واختلف المذهب في فروع وهو استبراء الأمة على التصديق وأراد تزويجها فهل يجوز للزوج وطأها قبيل الاستبراء أم لا؟ قولان أحدهما الجواز اعتماداً على تصديقها والثاني المنع احتياطاً[5].

---

(1) في نسخة: «خق»: (أبراه).
(2) في نسخة: «خق»: (نصيبه).
(3) ساقطة في نسخة: «خع».
(4) حاشية الدسوقي 2/ 490.
(5) التاج والإكليل 4/ 167.

باب الرضاع[1] وما يتعلق به

قال القاضي: «**والرضاع يوجب التحريم**»: إلى آخره.

شرح: الأصل في التحريم بالرضاع: الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ الآية [النساء: 23]. فأدخل الرضاع تحت حكم التحريم المصدر به في أول الآية، وأما السنة فقوله ﷺ: (**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**)[2] وقد انعقد الإجماع على مقتضى ذلك، وإنما نشره ﷺ.

ويتعلق بالرضاع فصول، بدأ القاضي منها بانتشار الحرمة. وقد أجمع العلماء على أنه ينشر الحرمة ويحرم منه ما يحرم من النسب. قال علمائنا إلا في مسألتين:

الأولى: أنه لا يجوز للرجل أن يتزوج أخت ابنه من النسب، ويتزوج أخت ابنه من الرضاع لأن المانع في النسب وطء أمها وهو مفقود في الرضاع.

والثانية: لا يجوز أن يتزوج أم أخته من النسب، ويجوز في الرضاع، لأن المانع من النسب وطء الأب لأمها، وهذا المعنى مفقود في الرضاع.

---

(1) الرضاع لغة مصدر رضع يرضع رضعاً ورضاعاً، وفي الإصطلاح هو: وصول لبن آدمي بمحل مظنة غداء. ينظر: لسان العرب 8/ 1258؛ شرح حدود ابن عرفة 1/ 316.

(2) حديث: (**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**): صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب والرضاع، حديث (2501) 2/ 935؛ صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة، حديث (1144) 2/ 1068؛ سنن الترمذي، كتاب الرضاع، باب ما جاء يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، حديث (1146) 3/ 452؛ سنن النسائي، كتاب النكاح، باب ما يحرم من الرضاع، حديث (3301) 6/ 99؛ سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، حديث (1937) 1/ 623.

ذكر هاتين الصورتين الإمام **أبو القاسم الزمخشري**[1] في التفسير في سورة النساء[2].

فإن فصلت هذا الإجماع قلت: يحرم بالرضاع أصول وفروع، فالأصول المرضعة لأنها أم من الرضاعة، وزوجها لأنه أب، والمرتضع لأنه ولد، فهذه ثلاثة أصول تنتشر الحرمة منهم إلا في الأطراف، فيحرم على الرضيع أمهات المرضعة نسباً، ورضاعاً، لأنهن جدات. وإخوانها نسباً ورضاعاً لأنهن خالات، وأولادها لأنهم إخوة له. كما تحرم من قبل الزوج زوج المرضعة، لأن أباه جد، وأخاه عم، وولده أخ، والنساء منهن على هذا النسب فهي الراضع لهم وزوجة أب فتنتشر الحرمة بين الراضع وبين أطراف أبويه من النسب والرضاع. حتى إن كل نسب لهما نسب أبويها للراضع ذكراً كان الراضع أو أنثى. وهذا الذي ذكره من انتشار الحرمة بين الرضيع والمرضعة وأطرافه هو الذي قال به جمهور العلماء وهو معنى قولهم [116/ظ]: «اللبن للفحل»[3] وهذا مذهب أكثر الصحابة وفقهاء الأمصار[4].

ويذكر أن للقاضي عبد الوهاب أبياتاً في هذا المعنى وهي مقيدة:

إذا امرأة قد أرضعت طفل غيرها ... وكان لها في حين إرضاعها فحل
فكل ابنة منه ومن غيره لها ... ومنها له أو غيرها بعد أو قبل
له إخوة قد حرمن وإن يرد ... إخوة نكاح بعضهن له حل

قوله: «وللتحريم بالرضاع ستة شروط»: قلت الكلام في هذه الشروط الستة يأتي على أكثر مسائل الرضاع:

(1) أبو القاسم محمد بن عمر بن محمد الخوارزمي الزمخشري جار الله، مفسر، محدث، متكلم، ولد بزمخشر من قرى خوارزم في رجب، من تصانيفه: ربيع الأبرار، والفائق، والكشاف، وأساس البلاغة توفي سنة (538هـ ـ 1144م). ينظر: سير أعلام النبلاء 12/ 179.

(2) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل للزمخشري 1/ 198؛ المطبعة البهية المصرية سنة (1343هـ ـ 1925م). ينظر: سير أعلام النبلاء 12/ 179).

(3) المقدمات 1/ 492.

(4) شرح الزرقاني 3/ 309؛ ومن أهل المدينة جماعة لا يقولون بلبن الفحل والصحيح عندنا القول به لثبوته عن النبي ﷺ. ينظر: الكافي ص243.

الأول: وصول اللبن من المرضعة إلى حلق الرضيع، أو جوفه من أي المنافذ كان، وهذا كما ذكره على الجملة، وصول اللبن من المنفذ المعلوم متفق على أنه ينشر الحرمة. واختلفوا فيما سوى ذلك، فقوم من العلماء اعتبروا الوصول مطلقاً، وبه قال **مالك**[1] والجمهور. واعتبر **عطاء وداود** وغيرهما ما ينطلق عليه اسم الرضاع[2]. وحكى بعض المتأخرين من أهل المذهب خلافاً مطلقاً في التحريم باللبن، إذا دخل من غير المنفذ المعتاد. وأطلق التحريم به **ابن حبيب** إذا كان المنفوذ واسعاً كالأنف[3]. قال في الكتاب[4]: إذا علم وصوله إلى الجوف[5]، وكذلك إذا كان من العين، فالحرمة تقع به إذا علم وهو له. قال **ابن حبيب**: ولو احتقن به وقعت به الحرمة. ولو أدخل من الإحليل لم تقع به الحرمة للعلم أنه لا يصل[6]. وعلى الجملة فصريح مذهب **مالك** أنه إذا علم وصوله وقعت به الحرمة، وسواء وصل من أي المنافذ وصل.

الثاني: أن تكون من أنثى، وهذا الشرط أيضاً فيه خلاف في المذهب في فروع: الأول إذا كانت ممن لا توطأ لصغرها، هل يحرم لبنها أم لا؟[7] فيه قولان عندنا. الثاني إذا كان (اللبن)[8] من وطء حرام. وتحصيل القول في الوطء الحرام أنه إن كان الحد فيه واجباً والولد غير لاحق فإنه (لا ينشر)[9] الحرمة بِلَا خلاف. وإن كان الحد فيه ساقطاً والولد لاحقاً فهو كالوطء الحلال إجماعاً. وإن كان الحد ساقطاً والولد غير لاحق فهل ينشر اللبن في هذا الوطء الحرمة أم لا؟ فيه قولان عندنا[10].

---

(1) المعونة 2/ 946؛ المنتقى 6/ 13.
(2) عيون المجالس 3/ 1396 ـ 1387.
(3) المنتقى 6/ 13.
(4) المدونة 5/ 405، مج2.
(5) المدونة 5/ 305، مج2.
(6) النوادر 5/ 74؛ المعونة 2/ 948؛ المنتقى 6/ 13.
(7) الكافي ص242.
(8) ساقطة في: «خق».
(9) في نسخة: «خع»: (ينشر).
(10) التاج والإكليل 4/ 180.

وهذا في الواطئ، وأما المرضعة فهي أمه على كل حال.

قوله: **«فأما لو در لرجل لبن فارضع به لم يحرم تحريم الرضاع»**: هذا التقييد لا معنى له فلو أطلق فقال: «لم يحرم» لكان صواباً، لأن مفهوم التقييد لا معنى له، وقد اختلف (المذهب)[1] إذا در لبن الذكر، والمشهور أنه لا حكم له، والشاذ أنه تقع به الحرمة حكاه ابن اللباد[2] صاحب الفرائض، وحكى ابن شعبان رواية ثالثة بالكراهية[3]. وقوله سبحانه: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ يقتضي الحكم على الإناث دون الذكور.

قوله: **«والثالث أن يكون مقصوراً على الآدميات»**: تحرزاً من البهيمة، ولا حكم للبن البهيمة بلا خلاف. واختلف المذهب في لبن الآدمية الميتة، وفيه قولان المشهور: التحريم[4]، لأن الموت لا ينفي كونه رضاعاً، والشاذ نفي التحريم، إذ لا يتصور إضافة الفعل إلى الميتة.

قوله: **«والرابع أن يكون في الحولين»**: إنما ذلك مظنة احتياج الرضيع إلى اللبن، وأما فيما زاد على الحولين فقد يستغني الولد عن اللبن بالطعام، ولا خلاف أن ما بعد من الحولين لا تقع به الحرمة، وتقع الحرمة بما قرب من الحولين. واختلف الرواية في حد القرب، وقال في المختصر[5] إلا أن يكون بعد الحولين بأيام يسيرة كالثلاثة ونحوه[6]. قال **الشيخ أبو الفرج** مثل نقصان الشهر[7] وهو قول **سحنون**[8]. وقال القاضي: الشهر بين الحولين قريب وقيل الشهر والشهران قريب، وقيل الثلاثة الأَشهُر. وهذه الروايات

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) أبو بكر محمد بن وشاح اللخمي المالكي القيرواني، فقيه، مفسر لغوي، ألف كتاب الطهارة، وكشف الرواق عن الصروف الجامعة للأواق. ينظر: شجرة النور الزكية ص84. ع163، الأعلام 7/ 242.

(3) معين الحكام 1/ 282.

(4) الكافي ص242.

(5) المقصور: مختصر ابن عبد الحكيم. ينظر: النوادر 5/ 75.

(6) النوادر 5/ 85؛ المنتقى 6/ 10؛ المعونة 2/ 946.

(7) المنتقى 6/ 10.

(8) النوادر 5/ 75؛ المنتقى 6/ 10.

الأربع في المذهب[1]، وهذا إذا لم يستغن عن اللبن [117/و] فأما إن استغنى فأرضع، فهل ينشر الحرم أم لا؟ فيه قولان عندنا وهذا هو الشرط الخامس الذي ذكره القاضي.

قوله: «والسادس أن يكون منفرداً غير مستهلك»: وهذا كما ذكره، فإن كان مخلوطاً مستهلكاً ففي انتشار الحرمة إذا كان نجساً، والمعروف وقوع التحريم لصدوق الاسم عليه، وحكى قولاً ثانياً جرى [في][2] المذكرات أنه لا تقع به حرمة، إذ لا تقع الحرمة بغير المباح، وفي هذا الكلام نظر فتأمله. وقد ذكرنا الخلاف في لبن الفحل.

وفي هذا الباب فروع نذكر منها ما حضر في الخاطر:

الأول: إذا وطئ المنكوحة اثنان بالشبهة فأتت بولد فلحق بأحدهما فأرضعت المنكوحة صغيراً ثبتت الحرمة بين الرضيع، وبين من ثبت له نسب الولد. قال محمد بن المواز تحرم عليهما وتثبت بين الرضيع وبينهما احتياطاً.

الفرع الثاني: إذا أصاب ماء الواطئ الولد في البطن، انتشرت الحرمة بينهما، وهل يعتق الولد بذلك على الواطئ، لأن له فيه شركة أم لا؟ على قولين عندنا.

الفرع الثالث: إذا طلقها فدر لبنها بعد الطلاق فأرضعت، فهل تنشر الحرمة بهذا اللبن أم لا؟ المشهور أن رضيعها ابن المطلق ولو بعد عشرين سنة حتى ينقطع لبنه، ويحدث لها لبن آخر، وقيل يقطع لبنه حكماً بوطء زوج ثان، وقيل لا ينقطع إلا بحملها من زوج ثان. وفي مختصر الوقار[3]: لا ينقطع مطلقاً بانقطاعه[4].

---

(1) المدونة 5/ 407 ـ 408.

(2) زيادة اقتضاها السياق.

(3) أبو بكر محمد بن زكرياء بن يحيى الوقار المصري المالكي، فقيه، محدث، حافظ، من آثاره: كتاب السنة، ومختصر الفقه توفي سنة (269هـ ـ 883م). ينظر: حسن المحاضرة 1/ 255، هدية العارفين 2/ 18.

(4) التنبيهات 1/ 64/و، وفيه: ... التي حملت من زوج آخر أن اللبن لهما إن لم ينقطع اللبن، وكذلك لو وضعت على ظاهر مذهبه في الكتاب، ونص ما له في كتاب =

تم كتاب الرضاع بحمد الله وحسن عونه. كمل السفر الأول من كتاب روضة المستبين لابن بزيزة في شرح كتاب التلقين بحمد الله وتأييده وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً، ويتلوه في الثاني إن شاء الله تعالى كتاب البيوع. [117/ ظ]

= محمد، وخلاف هذا في مختصر الوقار أن بالوضع ينقطع لبن الأول، وهو الذي حكى ابن المنذر عليه إجماع العلماء، وخلاف ما في كتاب ابن شعبان عن ابن وهب، أن وطء الثاني يقطع حرمة لبن الأول وخلاف ما لسحنون أن يمضي خمسة أعوام أقصى أمد الحمل من فراق الأول ينقطع حرمة لبنه، فجاءت أربعة أقوال. ينظر أيضاً: معين الحكام 1/ 283.



كتاب البيوع

قال القاضي رَحِمَهُ اللهُ: «**كل بيع فالأصل فيه الجواز إلا ما تعلق به ضرب من ضوب المنع**»: إلى آخر الفصل.

شرح: البيع في اللغة نقل الملك بعوض[1]، وهو في الشرع كذلك[2]، ويزاد فيه: «على وجه الشرع» تحرزاً من البيع الفاسد، واختلف المتأخرون من شيوخنا في (البيع)[3] الفاسد هل ينقل الملك أم لا؟ والصحيح (أنه)[4] لا ينقله شرعاً[5]، لأنه لو نقل الملك لترتبت (عليه آثاره)[6] فحينئذ يخرج عن كونه فاسداً وهو (إفساد للأغراض)[7] الشرعية. وإطلاق القاضي (القول أن كل بيع)[8] فالأصل فيه الجواز»، مستفاد من قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: 275]. وقد اختلف العلماء في هذه الآية هل هي عامة، وهو الصحيح، أو مجملة، وفيه نظر[9]، لأن المجمل

---

(1) البيع لغة: الإخراج وهو من الأضداد، يقال بعت الشيء، أي شريته، ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع. ينظر: المصباح المنير 1/ 69.

(2) وفي الشرع: عقد معاوضة من غير منافع، ولا متعة لذة، ذو مكايسة، أخذ عوضيه غير ذهب ولا فضة، معين غير العين فيه. ينظر: حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 1/ 326؛ الفواكه الدواني 2/ 77؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 3/ 2.

(3) ساقطة في نسخة: «ش».

(4) بياض في نسخة: «ش».

(5) المعونة 2/ 1074.

(6) في نسخة: «خق»: (آثار عليه) تقديم وتأخير.

(7) في نسخة: «خق»: (فساد للأوضاوع).

(8) في نسخة: «خق».

(9) قال الشيرازي في اللمع ص50: اختلف المذهب في ألفاظ، فمنها قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ وفيه قولان قال في أحدهما هو مجمل، لأن الله تعالى =

(هو)[1] ما لا يفهم معناه من لفظه ويفتقر في البيان إلى غيره[2]، وذلك منتف في هذه الآية، مع أن أصل الملك يبيح عموم التصرف وصحة المعاوضة بحكم الأصل، (فقرر الشرع هذا الأصل)[3] وأجراه على عمومه إلا ما قام فيه مانع.

وحصر القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ أسباب الفساد في خمسة أنواع، وفسر ما يرجع إلى صفة العقد بالربا ووجوهه، والغرر وأبوابه، وفسر ما يرجع إلى الحال ببيع الإنسان على بيع أخيه، وبيع النجش، وبيع (تلقي)[4] الركبان وبيع الحاضر للبادي، والبيع وقت النداء، وجميع هذه الأقسام داخلة تحت ما يرجع إلى الصفة وهو (في)[5] جميعها متحقق، مفهوم إلا ما فيما يرجع الفساد إلى وقته، فلو جعل فساد الوقت عبارة عن القسم الخامس وأفرده به لكان وجهاً، لأن الحال لازم للوقت وجزء منه إلا أن يرى الحال (وقت وزمان)[6]، والزمان والوقت بمعنى واحد، أو هو حال، وماض، ومستقبل، فيصدق على الحال أنه وقت.

قوله: «فأما ما يرجع إلى المبيع (فلكونه)[7] مما لا يصح بيعه وذلك كبيع الحر»: إلى آخر التمثيل قلت: وهذا كما ذكره، ولو تعرض لبيان شروط المعقود عليه (فيصح العقد عند وجوده وينتفي عند انتفائه لكان وجهاً، وقد اشترطوا في المعقود عليه أن يكون متملكاً)[8] طاهراً منتفعاً (به)[9] معلوماً

= أحل البيع وحرم الربا، والربا هو الزيادة وما من بيع إلا وفيه زيادة، وقد أحل الله البيع وحرم الربا، فافتقر إلى بيان ما يحل مما يحرم، وقال في القول الثاني ليس بمجمل وهو الأصح لأن البيع معقول في اللغة فحمل على العموم إلا فيما خصه الدّليل. ينظر أيضاً: البرهان في أصول الفقه لأبي المعالي 1/ 282.

(1) ساقطة في نسخة: «ش».

(2) اللمع للشيرازي ص49؛ المقدمات 2/ 12.

(3) في نسخة: «خق»: (فقرر هذا الحكم).

(4) ساقطة في نسخة: «ش».

(5) ساقطة في نسخة: «ش».

(6) في نسخة: «خق»: (وقته زمان).

(7) في نسخة: «ش»: (فكونه)، وفي «غ»: (فبكونه)، وما أثبته من نسخة: «ق»: ونسخة: «خق».

(8) ساقطة في نسخة: «خق».

(9) في نسخة: «خق»: (عنه).

مقدوراً على تسليمه. واختلق الفقهاء هل من شرطه أن يكون ملكاً للعاقد أم لا؟ وسنذكره عند بيع الفضولي.

فقولنا: «**مُتَمَلَّكاً**»: احترازاً مما لا يجوز (تملكه)[1] كالحر، وقد انعقد الإجماع على تحريم بيعه، فإن وقع فهو فاسد مفسوخ، ويؤدب فاعله إلا أن يعذر بالتأويل، وكذلك الخمر والخنزير، والأصل في ذلك ما خرجه أهل الصحيح من حديث جابر (بن عبد الله)[2] أن النبي ﷺ قال: **(إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى به السفن وتدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس، قال: لا هو حرام)** (ثم)[3] قال رسول الله ﷺ: **(لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فأجملوها فباعوها وأكلوا أثمانها)**[4].

فهذا نص في تحريم بيعها، والانتفاع بثمنها، وقد انعقد الإجماع على أنها نجسة[5]، ولم يخالف في ذلك إلا من شذ منهم **محمد بن عمر بن لبابة**[6] من المالكية، وانعقد الإجماع (أيضاً)[7] على تحريم بيع

---

(1) في نسخة: «خق»: (تمليكه).

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) حديث: **(إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير)**: صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام، حديث (2121) 2/ 779؛ صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، حديث (1581) 3/ 1207؛ سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع جلود الميتة والأصنام، حديث (1297) 3/ 591؛ سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في ثمن الخمر والخنزير، حديث (3485) 2/ 279؛ سنن النسائي، كتاب الفرع والعتيرة، باب النهي عن الانتفاع بشحوم الميتة، حديث (4256) 7/ 177.

(5) الإجماع لابن المنذر ص72.

(6) أبو عبد الله محمد بن لبابة، الملقب بالبرجون، كان سماعه من عمه محمد بن لبابة، كان فقيهاً متقدماً في مذهب مالك وله اختيارات في الفتوى والفقه خارجة عن المذهب توفي سنة (330هـ ـ 941م). جذوة المقتبس 98.

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

الخنزير لحمه وشحمه وسائر الأجزاء التي (تقبل)[1] الحياة إما (على وجه)[2] التعبد، وإما لأنه نجس العين كما يقوله **الشافعي**، **وابن الماجشون**، **وسحنون** من أصحابنا.

وقولنا: «**وسائر الأجزاء التي تقبل لحياة**»: (تحرزاً من الشعر، فإن **ابن القاسم** أجاز الانتقاع بشعر الخنزير لأنه لا تحله الحياة)[3][4] ومنعه **أصبغ**[5] لعموم التحريم، ولم يخالف في تحريم شحم الخنزير إلا من لا يعد قوله (خلافاً)[6]. وحكى الشيخ **أبو محمد بن أبي زيد** وغيره[7] من علمائنا الإجماع على أن الشحم كاللحم في التحريم.

واختلف المذهب إذا أتلف المسلم للذمي خنزيراً، أو خمراً، أو صليباً، والمشهور أنه يغرم قيمة ذلك عندنا لأنه يتملك[8]، ولذلك قيد القاضي فقال: «في حق المسلم» والشاذ أن ذلك كله لا قيمة (له)[9]، ولا يغرم عنه شيئاً وهو الأصح من طريق النظر، لأنه حكم يبن مسلم وكافر فيحكم فيه بحكم الإسلام، والإسلام لا يوجب لهذه المحرمات قيمة، ولا ثمن.

تكميل: قسم شيوخنا النجاسات (على)[10] قسمين: متفق عليه كأرواث

---

(1) في نسخة: «خق»: (تجري).
(2) في نسخة: «خق»: (لوجه).
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) النوادر 5/ 184؛ بداية المجتهد 2/ 214؛ حاشية العدوي 1/ 734.
(5) مواهب الجليل 4/ 262.
(6) ساقطة في نسخة: «خق».
(7) كابن عبد البر. ينظر: التمهيد 9/ 48.
(8) المصدر نفسه 6/ 180.
(9) ساقطة في نسخة: «خق».
(10) حاشية الدسوقي 3/ 10 وفيه: حصل في بيع العذرة أربعة أقوال: المنع لمالك على فهم الأكثر للمدونة، والكراهة على ظاهرها وفهم أبي الحسن لها، والجواز لابن الماجشون، والفرق بين الضرورة فيجوز، وعدمها فيمنع، وهو الأشبه من كتاب محمد.

بني آدم، ومختلف فيه كأرواث الدواب، وقد اختلف المذهب في جواز بيع ذلك، فروى **ابن القاسم** عن **مالك** المنع من بيع العذرة، وقال **ابن الماجشون** لا بأس ببيعها، لأنها من منافع الناس[1]. وإذا اختلفوا في العذرة فالخلاف في أرواث الدواب أولى، والخلاف في ذلك منصوص، وفيه قولان: الجواز والمنع[2] [1/ظ] قال **أشهب** المشتري في (الزبل)[3] أعذر من البائع، وقال **ابن عبد الحكم** هما سواء، ولم يعذر الله أحداً فيما حرم عليه[4].

تنبيه: إذا اجتمع القول في (بيع الأزبال)[5] كان فيه ثلاثة أقوال (أحدها)[6]: (الجواز مطلقاً زبل ابن آدم، وزبل الدواب)[7]، و(الثاني)[8] المنع مطلقاً (وهما)[9] مبنيان على اعتبار الضرورة أو نفيها، والثالث جواز ذلك في أزبال الدَّواب للاختلاف في نجاستها دون أرواث بني آدم للإجماع على نجاستها[10] وصح عن ابن عمر أنه كره أكل البقول التي تتغذى بالزبل، والخلاف في ذلك جار على حكم النجاسة، (هل ينقلب عينها)[11] وفيه قولان في المذهب.

---

(1) بداية المجتهد 2/ 214، قال الدسوقي في حاشيته 3/ 10: وأما الزبل فذكر ابن عرفة فيه ثلاثة أقوال: المنع وهو قياس ابن القاسم على العذرة، والمنع عند مالك، وقول ابن القاسم بجوازه، وقول أشهب بجوازه عند الضرورة وتزداد الكراهة على ظاهر المدونة وفهم أبي الحسن، وفي التحفة:

ونجس صفقته محظورة ... ورخصوا في الزبل للضرورة

(2) في نسخة: «خق»: (زبل الدواب).

(3) المدونة 9/ 160؛ النوادر 5/ 183؛ مواهب الجليل 4/ 260 ـ 261.

(4) مواهب الجليل 4/ 261.

(5) في نسخة: «خق»: (زبل الدواب).

(6) ساقطة في نسخة: «ش».

(7) في نسخة: «خق»: (جواز بيعها مطلقاً كان أزبال بني آدم، أو أزبال الدواب).

(8) ساقطة في نسخة: «ش».

(9) ساقطة في نسخة: «ش».

(10) بداية المجتهد 2/ 214.

(11) في نسخة: «خق»: (بتغليب أغراضها).

مسألة: اختلفوا في بيع الزيت النجس، فمنعه **الشافعي** مطلقاً[1] وهي رواية **ابن حبيب** عن **مالك** وأصحابه، وقال **ابن وهب** يجوز بيعه إذا بين البائع ذلك للمشتري[2]، وبه قال **(أبو حنيفة)**[3][4] وقيل يجوز بيعه من غير المسلم، وقيل يجوز بيعه إذا طهر بالغسل وقد اختلفت الرواية هل تطهر بالغسل أم لا؟ فروى **ابن نافع** عن **مالك** أنه يطهر (بالغسل)[5]، وفي الواضحة والمستخرجة عن **ابن القاسم** (نحوه)[6]، وقد قيل إنه لا يطهر[7]. قال **ابن القاسم** فيمن فرغ جرار سمن في زقاق ثم وجد في جرة منها فارة يابسة، ولا يدري (في)[8] أي الزقاق فرغها، أنه يحرم أكل جميع الزقاق، ويحرم بيعها[9]، فاستقرأ منه (بعض شيوخنا)[10] أنه لا يطهر بالغسل، ويعارضه ما وقع في المستخرجة من رواية **موسى** عن **ابن القاسم** في اللحم يطبخ (بالماء النجس)[11]، قال يغسل اللحم ويؤكل، وروى **أشهب** عن **مالك** أنه لا يؤكل[12]. وكذلك اختلفوا في جواز الاستصباح بالزيت النجس، (فروى)[13] عن علي، وابن عباس، وابن عمر أنهم أجازوا بيع الزيت النجس (وأن)[14] يستصبح به[15]، وهي رواية **أصبغ** عن

---

(1) روضة الطالبين 3/ 351؛ مغني المحتاج 2/ 11.
(2) البداية 2/ 215؛ القوانين الفقهية ص163؛ التاج والإكليل 1/ 113.
(3) في نسخة: «ش»: (الحنفي).
(4) مختصر الطحاوي ص299.
(5) ساقطة في نسخة: «ش».
(6) في نسخة: «خق»: (مثله).
(7) مواهب الجليل 1/ 114.
(8) في نسخة: «ش»: (في).
(9) مواهب الجليل 1/ 110.
(10) في نسخة: «خق»: (الشيوخ).
(11) في نسخة: «خق»: (بماء نجس).
(12) مواهب الجليل 1/ 114.
(13) في نسخة: «خق»: (روينا).
(14) ساقطة في نسخة: «ش».
(15) شرح النووي على صحيح مسلم 11/ 7.

مالك في غير المساجد[1]، وأجازوا أيضاً أن يعمل (منه الصابون)[2]، (وبه قال)[3] **الشافعي**[4]، وأجاز غيره الاستصباح به في المساجد وغيرها بشرط التحفظ، والجاري على الأصل منع الانتفاع به مطلقاً، وهي رواية **عبد الملك** وغيره عن **مالك**، قال **عبد الملك**، ولو طرح في الكرياس[5] للانتفاع به لكرهته[6] لنهيه ﷺ عن بيع (النجس)[7] وذلك أصل في منع (الانتفاع بالنجاسات)[8] مطلقاً، وكذلك اختلفوا أيضاً في لبن الآدمية إذا حلب، فأجاز **مالك والشافعي** حلبه[9]، قياساً على إباحة شربه والانتفاع به، وعلى لبن سائر الأنعام، وقال **أبو حنيفة**: الأصل أنه محرم تابع للحم، وإنما أبيح لضرورة الأطفال إليه[10]، فإذا انتفت هذه الضرورة كان محرماً كاللحم، وقالوا (في ذلك)[11]: حيوان لا يؤكل لحمه، فلم يجز بيع لبنه، أصل ذلك الخنزير، وقد ذكرنا الخلاف في جلود الميتة هل يطهرها الدباغ طهارة عامة أو خاصة، وعلى ذلك (ينبني)[12] جواز بيعها والصلاة عليها، واستعمالها في المائعات، وقد استوفينا ذلك، والمعول عليه عند **ابن القاسم** أن طهارتها مخصوصة، فمقتضاها

(1) بداية المجتهد 2/ 215.
(2) المصدر نفسه 2/ 416.
(3) في نسخة: «خق»: (وقال).
(4) المجموع للنووي 4/ 388.
(5) الكرياس: الكنيف، قال أبو عبيد: الكراييس واحدها كرياس، وهو الكنيف الذي يكون مشرفاً على سطح بقناة إلى الأرض، فإن كان أسفل فليس بكرياس، قال الأزهري: سمي كرساياً لما يتعلق به من الأقذار فيركب بعضها بعضاً، ويتكرس مثل تكرّس الدمنة. ينظر: المصباح المنير 2/ 530؛ لسان العرب 6/ 194.
(6) الجواهر الثمينة 2/ 334؛ وفيه: قال عبد الملك: لا ينتفع فيه في شيء أصلاً، ولو طرحه في الكراييس يريد الانتفاع به لكرهته.
(7) في نسخة: «ش»: (الخمر).
(8) في نسخة: «خق»: (النجاسات).
(9) بداية المجتهد 2/ 216؛ الوسيط للغزالي 3/ 20.
(10) المبسوط للسرخسي 23/ 170.
(11) بياض في نسخة: «خق».
(12) في نسخة: «خق»: (مبنى).

امتناع بيعها، وكذلك اختلفوا أيضاً في (عظام)[1] الميتة فأجاز **مطرف وابن الماجشون** بيع أنياب الفيل سلقت (أم لا)[2]، وأجازه أشهب إذا سلقت[3]، ومنع ابن القاسم بيعها، (والتجارة فيها)[4]، والامتشاط بها، والادهان بمداهنها لنجاسة أصلها (بدليل تحريم)[5] الانتفاع ببيع الخمر وشحوم الميتة. وقولنا: «منتفعاً به» (احترازاً ممن لا منفعة فيه)[6] فلا يصح بيعه لأنه من أكل المال بالباطل، وكذلك ماله منفعة محرمة كالمزمار، والعود فلا خلاف في امتناع بيعه، لأن المنفعة المحرمة شرعاً كالموجودة حساً فإن كسر جاز بيعه مكسوراً (إن كان)[7] كسراً بيناً، ولو اختلفت منافع المبيع لاعتبر منها الأرجح الذي يتعلق الغرض به غالباً، فإن كان فيه منفعتان معتبرتان مقصودتان إحداهما محللة والأخرى محرمة، حرم بيعه تغليباً للمنفعة المحرمة، وكذلك لو كانت هي المقصودة فهي بالمنع حينئذ أحرى، واختلفوا إذا كانت المنفعة (محرمة)[8] إلا أنه لا يعلم هل هي مقصودة أو مطرحة، فمنهم من كرهه نظراً إلى المنفعة المحرمة)[9] ومنهم من أجاز بيعه تمسكاً بالأصل)[10] والوقف (أولى احتياطاً)[11]، ومن هذا المعنى اختلافهم في (جواز)[12] بيع المريض والحامل المخوف عليهما. واتفق المذهب على أنهما إذا كانا في حد السياق فبيعهما غير جائز[13]، وحكى

---

(1) في نسخة: «خق»: (بيع).
(2) في نسخة: «خق»: (أو لم تسلق).
(3) وبه قال ابن وهب. ينظر: التاج والإكليل 1/ 100.
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) في نسخة: «خق»: (كتحريم).
(6) في نسخة: «خق»: (إذ ما ينتفع به).
(7) ساقطة في نسخة: «ش».
(8) ساقطة في نسخة: «ش».
(9) ساقطة في نسخة: «خق».
(10) في نسخة: «خق»: (بحكم الأصل).
(11) في نسخة: «خق»: (والاحتياط).
(12) ساقطة في نسخة: «خق».
(13) القوانين الفقهية ص212.

فضل[1] في اختصار الواضحة أن الحامل إذا جاوزت ستة أشهر لا تباع حتى تضع، فإن بيعت حينئذ فبيعها فاسد، وحكى غيره أن الحامل إذا أشرفت على الولادة فبيعها باطل. وتحصيل القول فيها على مذهب **مالك** أنهما إذا بلغا حد السياق، ولم يجز بيعهما، وإن بلغا حد الخوف عليهما ولم يبلغا حد السياق فهل يجوز بيعهما أم لا؟ (فيه)[2] قولان في المذهب حكاهما الشيخ **أبو الطاهر**. وذكر القاضي رَحِمَهُ اللهُ خشاش الأرض والكلاب وما لا منفعة فيه، وليس ذلك على عمومه، أما خشاش الأرض فمنه ما ينتفع به [2/و] في الأدوية المحللة وغيرهما، وهذا لا (يختلف) في جواز بيعه، وأما الكلاب فعلى قسمين مأذون في الانتفاع به، وغير مأذون، فغير المأذون في الانتفاع به لا يباع ولا يستأجر. اختلف (المذهب)[3] فيما يجوز اتخاذه هل يجوز بيعه أم لا؟ فيه)[4] قولان في المذهب[5]، وكذلك اختلفوا في جواز بيعه (لمن أراد أكله على القول بإباحة أكله، فمن أجاز أكله أجاز بيعه، ومن منعه منعه. وأصل)[6]

---

(1) أبو سلمة فضل بن سلمة بن جرير الجهني البجائي، كان من أوقف الناس على الروايات، وأعرفهم باختلاف أصحاب مالك من مؤلفاته: مختصر المدونة، اختصار الواضحة، اختصار الموازية وله كتاب جمع فيه بين الموازية والمستخرجة. ينظر: طبقات الشيرازي ص166؛ الديباج المذهب 1/ 219؛ شجرة النور ص82 ع154.

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) ساقطة في نسخة: «ش».

(5) الرسالة ص215؛ الكافي ص227؛ المعونة 2/ 1040؛ البداية 2/ 214؛ والمشهور من المذهب عدم جواز بيعه لعموم النهي الوارد فقي حديث أبي مسعود الأنصاري: أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن. والنهي شامل لجميع أنواع الكلاب سوى فيما يجوز اقتناؤه لزرع، أو ماشية، أو لصيد المذكور في قوله ﷺ من اقتنى كلباً إلا لصيد أو زرع أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراط، وفي رواية «قيراطان» فلا حرج في اتخاذ هذه الأنواع للأغراض المذكورة وقال النفراوي: إن عدم جواز اتخاذ الكلاب في غير المسائل الثلاث مقيد بما إذا لم يضطر إلى اتخاذها لحفظ محله، أو حفظ نفسه وإلا جاز. ينظر: صحيح مسلم بشرح النووي 10/ 231؛ الكافي ص227؛ المعونة 2/ 1040؛ البداية 2/ 214.

(6) في نسخة: «خق»: (في المذهب) والأنسب ما أثبته من نسخة: «ش».

مذهب **الشافعي** المنع من بيعه مطلقاً[1] لأنه نجس العين محرم الأكل (لثبوت نهيه)[2] ﷺ[3] عن بيعه، وأجاز **أبو حنيفة** بيعه مطلقاً[4] كان مأذوناً، أو غير مأذون فيه، بناء على أنه طاهر العين مباح الأكل تقديماً للقياس على خبر الواحد، (واعتضاداً بظاهر الحصر)[5] في قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ﴾ الآية [الأنعام: 145]. وكذلك اختلفوا أيضاً في جواز بيع السنور، والجمهور على جواز بيعه[6]، ومنعت من ذلك طائفة من أهل العلم[7] (اعتماداً)[8] على النهي الثابت عن ثمنه خرجه **مسلم**[9] وهو من إفراده. وقد ذكرنا الخلاف (في لبن الآدمية)[10] هل هو طاهر العين وهو مذهب الجمهور، أو نجس العين، إلا أن الشرع عفا عنه للضرورة إليه، وهو قول **أبي حنيفة**، وأجاز **ابن القاسم** تذكية السباع لأخذ جلودها، وبيعها بعد دباغها بناء (على)[11] أن دباغها طهور، وقال **ابن حبيب** بيع جلود السباع والصلاة عليها حرام.

وقولنا: «**معلوماً**»: احترازاً من بيع المجهول ويجب أن يتعلق العلم بعين المبيع، وقدره، وصفته. وقولنا: «**مقدور على تسليمه**»: احترازاً من بيع السمك في الماء، والطائر في الهواء، أو العبد الآبق والبعير الشارد، والجنين

---

(1) الأم 3/ 11.

(2) في نسخة: «خق»: (ولنهيه) وكلاهما يستقيم.

(3) من حديث سيأتي تخريجه قريباً.

(4) الحجة لأبي الحسن الشيباني 2/ 756؛ المبسوط للسرخسي 11/ 234 ـ 235.

(5) في نسخة: «خق»: (واعتبار لفظ الخبر) والصواب ما أثبته.

(6) حاشية ابن عابدين 1/ 208؛ بداية المجتهد 2/ 215؛ قال ابن عبد البر في التمهيد 8/ 403: وليس في النسور شيء صحيح وهو على أصل الإباحة. لكن يجوز مع الكراهة في الصحيح عندنا. ينظر: مواهب الجليل 4/ 268.

(7) كالشافعية. ينظر: المجموع 9/ 5.

(8) في نسخة: «خق»: (بناء) عوض (اعتماداً) وكلا اللفظين صحيح.

(9) صحيح مسلم، باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي، والنهي عن بيع السنور، حديث (1567) 3/ 1198.

(10) ساقطة في نسخة: «خق».

(11) ساقطة في نسخة: «ش».

في بطن أمه، وقد تدخل هذه الأقسام (تحت)[1] الشرط الذي قبله، ويختص هذا القسم بما لا يمكن تسليمه لحق الآدمي كالرهن يباع، فبيعه موقوف على إجازة المرتهن، وكذلك العبد الجاني يبيعه سيده بعد علمه بالجناية فالخيار فيه للمجني عليه في إجازة البيع أو رده، فإن دفع الأرش[2] للمجني عليه لزم البيع، وإن أبى سيده من الأرش توقف إجازة البيع على المجني عليه، وللسيد (إسلامه)[3] في الجناية بعد أن يعقد البيع فيه، ويحلف أنه لم يرد حمل الجناية (عليه)[4]، فإن تمسك المبتاع بالبيع، وقال أنا أدفع أرش الجناية كان له ذلك، وانظر بماذا يرجع على البائع، والمنصوص أنه يرجع عليه بالأقل من الأرش، أو الثمن، ولو باعه سيده ثم أراد المشتري أن يرده بعيب الجناية كان له ذلك، إن كانت الجناية عمداً إلا أن يبينها عليه، وإن كانت جناية خطأ فظاهر الرواية الرد وهو قول **ابن القاسم**، وقال غيره: لا يرد بعيب (جناية الخطأ)[5] وهو كعيب ذهب، ومما يدخل تحت إمكان)[6] التسليم العمود يبيعه صاحبه، وعليه بناء (له)[7] فأجاز **مالك** بيعه، واشترط فيه الشيوخ شرطين أحدهما أن يكون البناء الذي على العمود تافه (القيمة)[8]، فإن كان (له ثمن كثير)[9]، وقيمة غالية، وأدى النقص إلى (إفساد المال)[10] فسد البيع في العمود.

(والثاني أن يؤمن على العمود التغيير بالنقص حذراً من الغرر والمجهلة)[11].

---

(1) في نسخة: «خق»: (في) عوض (تحت).
(2) الأرش: أصله الفساد، ثم استعمل في نقصان الأعيان، لأنه فساد فيها، وأرش الجراحات دينها. ينظر: المصباح المنير 1/ 12.
(3) في نسخة: «خق»: (أن يسلمه): وكلاهما يصح.
(4) ساقطة في نسخة: «ش».
(5) في نسخة: «خق»: (الجناية).
(6) في نسخة: «خق»: (مكان).
(7) ساقطة في نسخة: «ش».
(8) في نسخة: «خق»: (الثمن).
(9) في نسخة: «خق»: (الثمن كثيراً).
(10) في نسخة: «خق»: (الفساد في المال).
(11) ساقطة في نسخة: «خق».

وقوله: «**وأما ما يرجع إلى المتعاقدين فمثل أن يكونا أو (أحدهما)**[1] **مما لا يصح عقده**»: وهذا كما ذكره، ولم يختلف العلماء أَنَّ بيع الصغير[2] والمجنون باطل لعدم التمييز[3]، واختلفوا في بيع السكران، فروى **ابن نافع** عن **مالك** أنه منعقد[4]، والجمهور على أنه غير منعقد إذا كان سكره متحققاً، بحيث لا يعقل[5]، والجمهور على أنه غير منعقد إذا كان سكره متحققاً، بحيث لا يعقل[6]، واختلفوا هل يحلف (على)[7] أنه لم يعقل (البيع)[8] أم لا؟ نص الشيخ **أبو إسحاق**[9] (على)[10] أنه يحلف على ذلك[11] وهو عندي إنما (يتجه)[12] فيمن (يشكل)[13] أمره، وأما الطافح الذي ذهب تمييزه بالكلية فلا معنى لتحليفه[14]، وقد ذكرنا الخلاف

---

(1) في نسخة: «غ»: (إحداهما) والأنسب هو ما أثبته من نسخة: «خق» و«خع»، و«ق».

(2) أي غير المميز، وهذا من شرط صحة عقد العاقد من بائع أو مشتر، وأما شرط اللزوم فالتكليف بمعنى الرشد فلا يلزم بيع الصبي ولا السفيه ولا المكره، قال خليل: وشرط عقده تمييز... ولزومه تكليف، لا إن أجير عليه جبراً حراماً. ينظر: المختصر ص169؛ بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي 2/ 4.

(3) حاشية الدسوقي 3/ 5.

(4) مواهب الجليل 4/ 242؛ وبه قال الحنفية والشافعية. ينظر: حاشية ابن عابدين 8/ 198؛ روضة الطالبين 3/ 242.

(5) مواهب الجليل 4/ 242.

(6) ساقطة في نسخة: «ش».

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

(8) ساقطة في نسخة: «خق».

(9) المقصود: ابن شعبان.

(10) ساقطة في نسخة: «ش».

(11) مواهب الجليل 4/ 242.

(12) في نسخة: «خق»: (يجب) والصواب هو المثبت.

(13) في نسخة: «خق»: (أشكل).

(14) وقال العدوي في حاشيته 2/ 178: وفي بيع السكران تردد أي طريقتان: طريقة ابن رشد، والباجي أن بيعه وشراءه لا ينعقد أصلاً أي لا يصح اتفاقاً، وطريقة ابن شعبان أنه لا يصح على المشهور وهذا في السكران الذي ليس عنده تمييز أصلاً، وأما إن كان عنده نوع من التمييز فلا خلاف في انعقاد بيعه، وإنما اختلف في لزومه، =

هل يشترط (ملك)[1] العاقد لما عقد عليه أم لا؟ وعبَّر عنه الفقهاء ببيع الفضولي، واختلفوا فيه على ثلاثة مذاهب، فمنعه **الشافعي** في البيع والشراء ورأى أنه فاسد لا يجوز بإجازة المالك[2]، وأجازه **أبو حنيفة** في البيع دون الشراء[3]، وفي مذهب مالك (قولان فيه)[4] المشهور (فيه)[5] جوازه إذا أجازه المالك وحكى الشيخ (**أبو إسحاق**)[6] أنه لا يجوز وإن أجازه المالك[7] كقول **الشافعي**، (والعمدة)[8] لنا حديث (**عمرو بن الجعد**)[9] وذلك (**أن النبي ﷺ دفع له ديناراً وقال له: اشتر لنا شاة، فاشترى له شاة بدينار، ثم باعها بدينارين، فاشترى بدينار شاة أخرى ثم جاء إلى النبي ﷺ بدينار وشاة، فقال له النبي ﷺ بارك الله لك في صفقة يمينك، فكان لو اشترى التراب لربح فيه**)[10]

= والمعتمد عدم النزوم، وإنما لم يصح بيع السكران، أو لم يلزم كإقراره، وسائر عقوده بخلاف جناياته وعتقه وطلاقه سداً للذريعة، لأنا لو فتحنا هذا الباب مع شدة حرص الناس على أخذ ما بيده، وكثرة وقوع البيع منه لأدى إلى أنه لا يبقى له شيء بخلاف طلاقه وقتله وإتلافه وعتقه، وما يتعلق به حق لغيره فيلزمه ذلك، لأنا لو لم نلزمه ذلك لتساكر الناس ليتلفوا أموال غيرهم، ويستبيحوا دماءهم، والمراد السكر الحرام وإلا فكالمجنون.

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) الأم 3/ 15 ـ 16؛ الإقناع ص91 ـ 92؛ المجموع 9/ 247؛ قال النووي في روضة الطالبين 4/ 319: القولان في بيع الفضولي، فعلى الجديد يلغى وعلى القديم موقوفاً على إجازة الموكل. وعلى الجديد سار الحنابلة. ينظر: دليل الطالب ص106؛ منار السبيل لابن ضويان 1/ 289.

(3) مختصر الطحاوي ص82 ـ 83؛ مختصر القدوري 2/ 18؛ بدائع الصنائع 5/ 147.

(4) في نسخة: «خق»: (فيه قولان) تقديم وتأخير.

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) المعونة 2/ 1039؛ البداية 2/ 281؛ حاشية الدسوقي 3/ 12؛ مواهب الجليل 4/ 240.

(8) في نسخة: «خق»: (المعتمد).

(9) عروة البارقي بن الجعد، ويقال ابن أبي الجعد، صحابي، سكن الكوفة، وهو أول قاض بها. ينظر: التقريب ص389.

(10) حديث عروة بن الجعد: صحيح البخاري، كتاب المناقب، باب سؤال المشركين أن =

(كتبه المؤلف بخط يده في الحاشية. وهو حديث **ثابت**)[1] ففيه الحجة على **الشافعي** وأبي حنيفة، واتفقوا على (أن)[2] إسلام المشتري ليس بمشترط إلا في اشتراء العبد المسلم، والمصحف وكتب [2/ظ] السنة، فلا يجوز اشتراء الكافر لها، فإن اشتراها فقال أكثر أصحاب **مالك** ينقض بيعه وشراؤه[3]، ووقع في كتاب **ابن شعبان** و**ابن حبيب**، (وروى)[4] **ابن القاسم** عن **مالك** أنه لا ينقض البيع ويباع عليه العبد والمصحف، وقد قيل يباع عليه (العبد)[5] المسلم، ويفسخ شراؤه المصحف وفي معناه كتب السنة، فإذا أخرج ذلك عن مالكه إخراجاً صحيحاً ناجزاً (جاز)[6]، واختلفوا في مسائل:

المسألة الأولى: إذا أسلم عبد لذمية فوهبته لولدها الصغير من زوجها المسلم ردت الهبة، وأجبرت على بيعه، لأن لها الاعتصار[7] هذا هو المشهور، والشاذ أن الهبة لا ترد. وبنى الإمام **أبو عبد الله المازري** هذا الخلاف على (الخلاف في)[8] المذهب فيمن ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا؟.

والمسألة الثانية: إذا اشترى المسلم عبداً نصرانياً من نصراني فأسلم في

= يريهم النبي ﷺ آية فأراهم انشقاق القمر، حديث (3443) 3/ 1332؛ صحيح مسلم، كتاب البيوع، حديث (1258) 3/ 559؛ سنن ابن ماجه، كتاب الصدقات، باب الأمير يتجر فيه ويربح، حديث (2402) 2/ 803.

(1) هذه العبارة أظنها ليست من كلام ابن بزيزة، وإنما أقحمها الناسخ في الأصل للإفادة أن ابن بزيزة كتب حديث عروة بن الجعد السابق في الهامش. وهناك احتمال آخر قد يكون وارداً مع بعد فيه وهو أن كاتب هذه العبارة هو القاضي عبد الوهاب في حاشية التلقين، وأراد ابن بزيزة ـ من باب الأمانة العلمية ـ أن يذكر ذلك في صلب الشرح. والله أعلم.

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) كفاية الطالب 2/ 178.

(4) في نسخة: «خق» (ورواية).

(5) ساقطة في نسخة: «ش».

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) سيأتي التعريف به وبأحكامه في موضعه.

(8) في نسخة: «خق» (الاختلاف).

يد المشتري ثم اطلع على عيب يوجب الرد، فهل يتعين الرجوع بقيمة العيب أو يكون له الرد بالعيب (فيه)[1] قولان في المذهب[2] وإذا فرعنا على إزالة الرد بالعيب جبر النصراني على إخراجه عن ملكه ببيع أو نحوه من الفوتات، وانظر هل يكفي في ذلك ارتهانه من مسلم، المنصوص أنه لا يكفي، ويباع عليه بعد رهنه لأن في تتميم الرهن استدامة (لملك)[3] الكافر على المسلم، وإذا حكمنا عليه ببيعه، فاختلف المذهب على قولين، فقيل يعجل الحق للمرتهن إلا أن يأتي برهن ثقة قاله **ابن القاسم**، وقال **سحنون** يعجل (المرتهن)[4] سواء أتى برهن (أم لا)[5]؟ ولا يقبل (منه)[6] رهن آخر، والأول أعدل.

والمسألة الثالثة: إذا مات النصراني قبل إخراج العبد عن ملكه أمر وارثه بما كان يؤمر به الموروث من غير تأخير إلا بحسب الإمكان لمنع استدامة ملك الكافر (للمسلم)[7] (بلا زمان قلت)[8] أو كثرت.

والمسألة الرابعة: إذا أوجبنا على الكافر إخراج العبد المسلم أو المصحف عن ملكه فباعه على الخيار، فالمشهور من المذهب أنه لا يجوز، ويجبر على أن يبت البيع فيه، لأن انتقال الملك في أيام الخيار غير محقق (بينهما)[9] إن كان الخيار للبائع، وربما يتخرج (فيه)[10] الخلاف على اختلافهم في بيع الخيار، هل هو على العقد حتى ينحل أو على الحل حتى ينعقد[11].

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) التاج والإكليل 4/ 256.
(3) في نسخة: «خق»: (ملك).
(4) في نسخة: «خق»: (الحق) عوض (المرتهن).
(5) في نسخة: «خق»: (أو لم يأت).
(6) في نسخة: «ش»: (عنه).
(7) في نسخة: «خق»: (على المسلم).
(8) ساقطة في نسخة: «ش».
(9) في نسخة: «خق»: (فيها) بدل (بينها).
(10) ساقطة في نسخة: «ش».
(11) قال الدسوقي في حاشيته: ... بيع الخيار هل هو منحل فيمنع من الإمضاء لأنه =

والمسألة الخامسة: إذا باع النصراني عبده النصراني من نصراني على الخيار، فأسلم العبد (في أيام الخيار)[1] استعجل الأمر من صاحب الخيار، وبيع (الخيار)[2] على أحدهما لا محالة، فإن كان المشتري مسلماً والبيع على الخيار فهل يمهل حتى (تمضي)[3] أيام الخيار (أو يستعجل ما عقده، فيه خلاف، ظاهر الكتب أنه يمهل حتى تمضي أيام)[4] الخيار منعقداً[5]، إذ لو كان منحلاً، وأمهلت الأمر إلى انقضاء أيام الخيار لاستدام ملك النصراني على العبد المسلم، والصحيح أنه يستعجل ما عنده من إمضاء أو رد ولا ينتظر (إلى انقضاء)[6] أيام الخيار لما في ذلك من التعرض لاستدامة الملك المحرم، واختلفوا إذا كان البائع مسلماً، والعبد والمشتري نصرانيين، والخيار للبائع، فأسلم العبد (في أثناء ذلك)[7] هل يكون للبائع إمضاء البيع أم لا؟ وفيه قولان جاريان على الخلاف في المرتقبات متى تعد حاصلة هل من يوم توقعها أو من يوم وجودها[8]، ومن ذكر بيع الخيار إذا أمضى هل يعد كأنه لم يزل ماضياً من حين العقد، أو بعد، كأنه ابتدأ امضاءه (الآن)[9]، فمن اعتبر حال العقد أجاز للبائع إمضاء البيع، (ومن اعتبر المآل منع من ذلك)[10].

المسألة السادسة: إذا كان المشتري والعبد كافرين، والبائع مسلم جاز البيع بشرطين:

= كابتداء بيع، أو منبرم فيجوز. قال في التوضيح، والمعروف من المذهب انحلاله، ثم قال، والظاهر المنع 3/ 9.

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) في نسخة: «خق» (العبد).
(3) في نسخة: «خق» (تنقضي) وكلاهما صحيح.
(4) في نسخة: «خق» (وهذا يعطي أن بيع).
(5) التاج والإكليل 4/ 256.
(6) ساقطة في نسخة: «ش».
(7) في نسخة: «خق» (في أيام الخيار).
(8) حاشية ادسوقي 3/ 8.
(9) ساقطة في نسخة: «ش».
(10) في نسخة: «خق» (ومن منعه اعتبر المآل من ذلك).

الأول: اتفاق دينهما في الكفر. والثاني: أن يسكن المشتري بالعبد بلاد المسلمين، وفيهما تفصيل، أما إن كانا مختلفين في الدين كالنصراني يشتري العبد اليهودي، أو بالعكس فهل يمنع من ذلك أم لا؟ فيه خلاف، والمشهور أنه لا يمنع من ذلك، ومنع منه **سحنون وابن وهب** لما بينهما من العداوة والبغضاء، فيكون ذلك إضراراً بالعبد، وقد نهت الشريعة عن الإضرار مطلقاً، وكذلك اختلفوا (إذا كان العبد من)[1] المجوس، أو الصقالبة، أو السودان فأراد الكتابي شراءه، ففي المذهب (فيه)[2] أربعة أقوال:

الأول: الجواز مطلقاً في الصغير والكبير (لأن الكفر كله ملة واحدة)[3].

والثاني: المنع مطلقاً في الصغير والكبير خوفاً من الإضرار المطلوب زواله شرعاً وهو قول (**ابن عبد الحكم**)[4].

والثالث: الكراهية قال في الكتاب ما علمته حراماً وغيره (أحسن)[5] منه[6].

والرابع: جوازه إن كان العبد كبيراً، لأنه مالك لنفسه مميز لمصالحه فيقدر على رفع الضرر عنه بخلاف الصغير، وقع في العتبية عن **مالك** (قال)[7] فإن اشترى الصغير فسخ البيع.

المسألة السابعة: إذا كان العبد صغيراً لا دين له فهل يجوز بيعه من الكافر أم لا؟ (فيه)[8] قولان في المذهب أجازه محمد، لأنا لسنا على يقين

(1) في نسخة: «خق»: (في) عوض (إذا كان العبد من).
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) في نسخة: «خق»: (عبد الملك).
(5) في نسخة: «خق»: (أحق).
(6) المدونة 10/ 271.
(7) ساقطة في نسخة: «ش».
(8) ساقطة في نسخة: «ش».

من إسلامه (ومنعه في الكتاب لما نرجوا من إسلامه)[1]، ولو قيل إنه معتبر بدين أبيه لكان (جارياً)[2] (على أصل)[3] المذهب.

قوله: **«أو غير عالم بالمبيع»**: يدخل تحته وجوه منها بيع الغائب المجهول الصفة وبيع الجنين والثمار قبل طيبها.

وقوله: **«أو محجور عليه»**: يعني السفيه والمحجور عليهم [3/و] قسمان (منهم)[4] من حجر عليه لحق نفسه كالصغير غير البالغ والبالغ المبذر لماله ومنهم من حجز عليه لحق غيره كالمريض والعبد والمرأة.

قوله: **«والحجر يؤثر في منع البيع تارة وفي وقفه أخرى»**: هذا اللفظ قد اختلف فيه شيوخنا في المذكرات في معناه، وجرت العادة بين المذاكرين بالنظر في مفهومه ويمكن فيه وجوه، أحدها أن يتنزل على صورتين بالنسبة إلى نوع واحد من نوع المحجور عليه، فالحجر يؤثر في منع البيع تارة، المعنى أنه يمنع الإقدام على إنشاء عقد البيع والشراء، ويؤثر في الوقف أخرى إذا وقع البيع من المحجور فباع، أو ابتاع فينظر حينئذ من له نظر في فعله هل هو صلاح فيمضيه أو سفه فيرده، وهذا النظر لا يتحقق إلا في عقد موقوف لا في (مبتوت)[5] الرد، وقد نص علماء المالكية على أن العبد والسفيه والمرتد في إيام الاستتابة لا يجوز لهم الإقدام على البيع، ولا يجوز للمشتري الإقدام على الشراء منهم، فإن وقع البيع الممنوع إنشاؤه (يعرض)[6] للنظر وهذا كقولنا لا يجوز الإقدام على الصلاة في الدار المغصوبة، فإن وقعت الصلاة (فيها)[7] فما حكمها، نظر آخر هذا الذي ظهر لي، وعليه كتب اعتمدتهم وقت (الإقراء)[8]

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) في نسخة: «خق»: (خارجاً).
(3) في نسخة: «خق»: (عن) عوض (على أصل).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) في نسخة: «خق»: (مبثوثة).
(6) في نسخة: «خق»: (تطرق). وما أثبته من نسخة: «ش»: هو الصواب.
(7) ساقطة في نسخة: «ش».
(8) في نسخة: «خق»: (شرحي). وكلاهما محتمل.

لهذا الكتاب، وأشار بعض المذاكرين إلى أن الحجر المؤثر في الوقف هو الحجر على المريض في حالة الخوف عليه، وعلى ذات الزوج فإذا (باعها)[1] وحابيا فيما زاد على الثلث فبيعها موقوف، ولا يحرم عليهما الإقدام على البيع. وفي الواضحة قال **ابن القاسم** قال **مالك**[2]: بيع المريض وشراؤه جائز، وإن كان فيه محاباة (ففي)[3] الثلث، قلت فإن زادت المحاباة على الثلث فالبيع موقوف، وانظر هل يجوز أن يقع من المريض عقد الصرف أم لا؟ لأنه منظور فيه هل فيه محاباة أم لا؟، ونص **أصبغ** على جواز الصرف منه، قال: لأنه لم يرد به التأخير، وأشار بعضهم إلى أن الحجر الذي يؤثر في منع البيع تارة إذا كان بيعه ظاهر الفساد، وواقع على غير السداد، فالبيع في هذا مفسود من غير احتياج إلى نظر، وفي الوقف أخرى إذا احتمل البيع الصلاح والسداد، أو كان غالبه السداد فينظر فيه حينئذ وهذا معلوم كما ذكرناه أنه ينظر في موقوف لا في مردود، وأشار بعضهم إلى أنه يتنوع بحسب نوع المحجور فيؤثر الحجر (في المنع)[4] في حق من حجر عليه لحق نفسه ويؤثر الوقف فيمن حجر عليه لحق غيره[5].

وبين القاضي الفساد الراجع إلى الصفة بأمثلة ذكرها مفصلة، (وسنتبع)[6] ترتيبه.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«المبيعات ثلاثة أنواع»**: إلى آخر الفصل.

شرح: هذه الأنواع الثلاثة راجعة إلى قسمين، إذ لا واسطة بين الحاضر والغائب، والسلم داخل في (بيع)[7] الغائب إلا أنهم (أفرادوه)[8] لاختلاف

(1) في نسخة: «خق»: (باعا).
(2) المدونة 9/ 169؛ التاج والإكليل 5/ 78.
(3) في نسخة: «خق»: (فهي في).
(4) في نسخة: «خق»: (الممتنع).
(5) وقد يحتمل أن يكون معنى قوله: والحجر يؤثر في منع البيع تارة، الحجر على غير المميز، لصغر، أو جنون، أو إغماء، أو زوال عقل، أو مرض، وقوله: وفي وقفة أخرى، الحجر على المميز غير البالغ، أو السفيه، أو المدين المفلس. . .
(6) في نسخة: «خق»: (ونتبع).
(7) في نسخة: «خق»: (قسم).
(8) في نسخة: «خق»: (أفردوهما)، ولعل الصواب ما أثبته من نسخة: «ش».

(أحكامه)[1] وتباين (فروعه)[2].

ومقصود هذا الفصل الكلام على بيع الغائب، وقد أجمعت الأمة على جواز بيع الحاضر المرئي، واختلفوا في بيع الغائب، فمن العلماء من منعه على الإطلاق وُصف أو لم يوصف، وعليه مناظرة الشافعية[3]، ومنهم من أجازه ومنهم من منعه من غير صفة على خيار الرؤية، وعليه مناظرة الحنفية[4]، فإذا رآه المشتري، فإن شاء أنفذ البيع، وإن شاء رده، وكذلك المبيع على صفة المشتري في خيار الرؤية عندهم وإن وافق الصفة، واضطرب مذهب **مالك** في ذلك[5].

وتحصيل المشهور منه أن أعيان الغائبة عن موضع العقد على ثلاثة أقسام[6]: بعيدة جداً غير مأمونة كإفريقية من خراسان. وقريب جداً يمكن الاطلاع عليها، ومتوسطة. فالقسم الأول لا يجوز بيعه على الصفة، واختلفوا في المتوسطة الذي يمكن الاطلاع عليه من غير مشقة، ففي المذهب فيه قولان: والمشهور المنع فيما عدا البرنامج (والشاذ الجواز مطلقاً في البرنامج)[7] وغيره وهو الذي يسميه الفقهاء بيع الحاضر على الصفة، وقد روي عن **مالك** الجواز في بيع الغائب من غير صفة على شرط خيار الرؤية، وأنكره القاضيان: **أبو الحسن، وأبو محمد**[8] وغيرهما عن المذهب، وزعموا أنه لا يوجد في مذهب **مالك**، وإنما هو قول **أبي حنيفة** والمعتمد لنا في جواز بيع الغائب على الصفة من وجوه:

---

(1) في نسخة: «خق»: (أحكامهما). وما أثبته من نسخة: «ش» هو الأنسب.
(2) في نسخة: «خق»: (فروعها). والوجه هو المثبت من نسخة: «ش».
(3) **الأم** 3/ 20؛ **مختصر المزني** ص75؛ **الإقناع** ص96 ـ 97.
(4) **مختصر الطحاوي** ص84؛ **مختصر القدوري** 2/ 15 ـ 18.
(5) **المنتقى** 6/ 364؛ **بداية المجتهد** 2/ 255.
(6) **الفواكه الدواني** 2/ 97؛ **مواهب الجليل** 4/ 297 ـ 298.
(7) **ساقطة في نسخة**: «خق».
(8) **بداية المجتهد** 2/ 255 وفيه: وأنكره عبد الوهاب وقال: هو مخالف لأصولنا، وقال ابن ناجي في شرح التفريع 2/ 71/و: قيل إن هذا مدسوس من مذهب أبي حنيفة، لأنه ثبت في «الأسدية»، وكان أسد بن الفرات يصاحب الحنفية.

الأول: ما رواه **ابن المسيب** قال: قال أصحاب رسول الله ﷺ وددنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جداً في التجارة فاشترى عبد الرحمن من عثمان فرساً بأرض له أخرى بأربعين ألفاً، أو بأربعة آلاف[1].

الثاني: ما روى من قوله ﷺ: (**لا تصف المرأة المرأة لزوجها حتى كأنه ينظر إليها**)[2] أخبر أن الوصف يقوم مقام الرؤية، والبيع على الرئية جائز (فكذلك الوصف)[3] واعتمدوا من طريق المعنى على أن الصفات (مبينة)[4] للموصوف ضابطة له، فانتفى به الغرر فكان جائزاً تمسكاً (بمقتضى)[5] عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ ورآى **الشافعي** أن الغرر لا ينتفي إلا بالرؤية، وأن الصفة لا تقوم مقامها[6]، وقد أشار بعض الشافعية إلى الاحتجاج بقولهم: «ليس الخبر كالعيان»[7][8] وبقضية **موسى بن عمران** صلوات الله على نبينا وعليه، وذلك أنه لما سمع الكلام طلب العيان[9]، فدل على أن العيان [3/ظ] هو المقصود)[10]، وهذا عندي خارج عن المقصود، وإذا

---

(1) حديث: (**وددنا لو أن عثمان بن عفان...**): مصنف عبد الرزاق، حديث (1424) 8/ 45؛ سنن البيهقي الكبرى، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة، حديث (10303) 5/ 267.

(2) حديث: (**لا تصف المرأة المرأة لزوجها...**): مصنف ابن أبي شيبة، باب كراهية أن تصف المرأة المرأة لزوجها 4/ 45، ونصه: (**عن عائشة** رضي الله عنها **أنها كانت تقول للنساء لا تصفنني لأزواجكن**).

(3) ساقطة في نسخة: «ش».

(4) في نسخة: «خق»: (مبينات).

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) الأم 3/ 20؛ مختصر المزني ص75؛ الإقناع ص96 ـ 97.

(7) حاشية البجيرمي 2/ 186؛ مغني المحتاج 2/ 18.

(8) حديث: (**ليس الخبر كالعيان**): مجمع الزوائد، باب في الخبر والمعاينة؛ المعجم الأوسط، حديث (25) 1/ 12؛ مسند أحمد، حديث (1842) 1/ 215. قال البجيرمي في حاشيته 2/ 186: ليس هذا حديثاً بهذا اللفظ، بل لفظ الحديث: ليس المعاين كالمخبر، وفي روية أخرى: ليس الخبر كالمعاينة.

(9) ينظر: هذه القصة في كتاب كشف الخفاء للعجلوني 2/ 219.

(10) في نسخة: «خق»: (الأعيان هي المقصورة).

بنينا على المشهور أن بيع الحاضر على الصفة لا يجوز، فلا بد من معرفة الحضور المانع من البيع على الصفة. فأجازوا في الكتاب بيع ما كان على يوم، وبيع البرنامج. وقال في مختصر ما ليس في المختصر: لا يباع سلعة حاضرة ولا غائبة على مسيرة يوم على الصفة، ولا على البرنامج، واختلفوا في السلعة الحاضرة في البيت هل يجوز بيعها في السوق على الصفة، والمشهور المنع لانتفاء المشقة بالرؤية، وكذلك وقع في كتاب **محمد**، والشاذ جواز بيع ذلك، إذ قد يكون في رؤيتها مشقة[1]، وهذا (الخلاف)[2] في حال. وإذا بنينا على جواز بيع الغائب على الصفة، فالمقصود منه ينحصر في (ثلاثة)[3] فصول:

الأول: في ذكر أنواع المبيعات والصفات الحاضرة لها.

والثاني: في صفاتها.

والثالث: في حكم النقد فيه)[4].

الفصل الأول: في ذكر أنواع المبيعات والصفات الحاضرة لها، والمبيع على ضربين: عقار، وحيوان، (فالحيوان)[5] يجوز بيعه على الصفة إن كان قريب الغيبة، فإن كان بعيد الغيبة فهل يجوز بيعه على الصفة أم لا؟ قولان في المذهب مبنيان على الخلاف في الالتفات إلى الطوارئ والمترقبات، (وأما العقار)[6] فالأصح جوازه في المأمون الذي لا يتغير كالأرضين فلا يختلق أن طول الغيبة لا تؤثر فيها، بخلاف الدور، والحوانيت والمبنيات كلها، وأما غير العقار فيجوز بيعه على الصفة إذا كانت غيبته قريبة مما لا يختلف فيه المبيع غالباً، وذلك يختلف بحسب أحوال المبيعات، واختلفوا في حد القرب فقيل البريد، وقيل البريدين، وقيل نصف اليوم (وقيل اليوم)[7] وقيل اليومان، وهذه

---

(1) بداية المجتهد 2/ 79.

(2) في نسخة: «خق»: (خلاف).

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) ساقطة في نسخة: «ش».

(5) في نسخة: «خق»: (العقار) بدل (الحيوان).

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) مثبتة من نسخة: «خق».

الأقوال كلها واقعة في المذهب[1]. وأما الصفات الحاضرة فهي المقصودة في المبيع التي تختلف الأغراض والأثمان باختلافها، فبذكرها يقل الغرر، أو يعدم.

فرع: اشترط في (العتبية، وفي)[2] كتاب محمد أن يكون الواصف غير البائع لتطرق التهمة إليه واشترط المتأخرون أن يكون المشتري عارفاً بما وصف له.

فرع: لو اختلف في الصفة التي وقع العقد عليها لكان القول قول المشتري لأنه المدعى عليه الغرم، فإن اتفقا على الصفة، واختلفا في كون المبيع كذلك، (رجع فيه القول)[3] إلى أهل المعرفة.

قوله: **«ولا يجوز بيعها بغير صفة إلا أن تكون على رؤية متقدمة»**: إلى آخره، وهذا كما ذكره[4]، والرؤية المتقدمة في المأمون من التغير كالرؤية الحاضرة.

فرع: اختلف أهل المذهب إذا تبايعا على رؤية متقدمة قريبة ثم تنازعا في بقاء المبيع عليها، أو تغييره هل يكون القول فيه قول البائع، أو قول المشتري (فيه)[5] قولان **لابن القاسم وأشهب**، (فأصل **ابن القاسم** القول قول المشتري، لأنه الغارم، وقال **أشهب**)[6] القول قول البائع لأن المشتري مقر مدع، وهذا حيث تنتفي القرائن المصدقة، وكذلك لو تنازعا في سلامتها حين العقد فهل القول قول البائع أو قول المشتري (فيه)[7] قولان في المذهب.

---

(1) النوادر 6/ 367؛ المنتقى 6/ 361.

(2) في نسخة: «ش»: (الغيبة في)، والمثبت هو الأولى.

(3) للدارقطني في نسخة: «ش».

(4) أنه يجوز بيع الشيء برؤيته المتقدمة عن وقت البيع إذا كان المبيع مما لا تتغير صفته في مثل هذه المدة الفاصلة بين الرؤية والعقد، وذلك يختلف باختلاف الأشياء.

(5) ساقطة في نسخة: «ش».

(6) ساقطة في نسخة: «ش».

(7) مثبتة من نسخة: «خق».

قوله: «ولا خيار (للمبتاع)[1] إن جاءت على الصفة»: وهذا كما ذكره[2] (وخالف)[3] فيه **أبو حنيفة** كما حكيناه عنه، (وعمدتنا)[4] أن موافقة الصفة كالعيان، فإذا لزم البيع بالعيان لزم بالصفة المطابقة.

قوله: «وضمنَّاها من البائع إلا أن يشترطه (على المبتاع)[5] في ظاهر المذهب»: وهذا هو (القول)[6] الثاني. وقد اختلف المذهب في ضمان المبيع (على)[7] الغائب على أربعة أقوال، قيل ضمانه من البائع مطلقاً إلا أن يشترط ذلك (على)[8] المبتاع، وقيل (على)[9] المشتري إذا أدركته الصفقة سالماً إلا أن يشترطه على البائع، وقيل (على)[10] البائع إلا في الديار والعقار[11]، وفرق **ابن حبيب** بين (ما يجوز فيه النقد وما لا يجوز ذلك فيه)[12]، فجعل الضمان فيما يجوز فيه النقد من العقار وغيره من قريب الغيبة من المشتري، وفي غير العقار مما لا يجوز النقد فيه من البائع فجعل الضمان تابعاً لجواز النقد، وهذا القول أعم من الذي قبله، لأنه في هذا القول ألحق ما يجوز النقد فيه من غير العقار بالعقار. وسبب الخلاف هل القبض شرط من شروط صحة العقد (أو حكم)[13] من أحكامه، وليس (في هذه)[14] المسألة دليل

---

(1) في نسخة: «خق»: (على المبتاع).
(2) يعني أنه جاء المبيع على الصفة التي رآها أو صفة له فلا خيار للمشتري في رد البيع وقبوله.
(3) في نسخة: «خق»: (وقد خالف).
(4) في نسخة: «ش»: (وعمدته) والصواب ما إثبته من نسخة: «خق».
(5) في نسخة: «ش»: (المبتاع) وفي نسخة: «خق»: (المشتري على البائع)، وما أثبته من نسختي: «ق» و«ز».
(6) في نسخة: «ش»: (الفصل).
(7) ساقطة في نسخة: «ش».
(8) ساقطة في نتسخة: «خق».
(9) في نسخة: «خق»: (من).
(10) في نسخة: «خق»: (من).
(11) التفريع 2/ 170؛ النوادر 6/ 366؛ المعونة 2/ 980؛ المنتقى 6/ 364.
(12) في نسخة: «خق»: (ما لا يجوز فيه النقد، وما يجوز ذلك فيه) تقديم وتأخير.
(13) في نسخة: «خق»: (وحكم) والصواب ما أثبته من نسخة: «ش».
(14) في نسخة: «ش»: (لهذه).

لفظي سِوَى قوله ﷺ: (**الخراج بالضمان**)[1] وجه الاستدلال (به)[2] أن الخراج قبل القبض للمشتري، فكان الضمان منه.

الفصل الثالث: في حكم النقد في بيع الغائب، وقد قدمنا أن (البيع)[3] على قسمين: مأمون، وغير مأمون، أما المأمون فهل يجوز النقد فيه بشرط أم لا؟ (قولان)[4] المشهور جوازه[5] بشرط وبغير شرط، ومنعه **أشهب** بشرط ومبنى الخلاف على (الخلاف في)[6] اعتبار الطوارئ وأما الرقيق والحيوان (وغيره)[7] من غير المأمون فلا يجوز النقد فيه بشرط، وهل يجوز[8] بغير شرط أم لا؟ (فيه)[9] قولان في المذهب[10]، وظاهر كلام القاضي جوازه بغير شرط مطلقاً في المأمون، وغير المأمون، وإنما امتنع النقد في هذا الباب، لأن المبيع إن سلم كان المنقود [4/و] ثمناً، وإن تلف كان سلفاً فيكون المنقود تارة بيعاً، وتارة سلفاً، وهو منهي عنه.

---

(1) حديث: (**الخراج بالضمان**): سنن الترمذي، كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء فيمن اشترى العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً، حديث (1285) 3/ 581؛ سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في عهدة الرقيق، حديث (3506) 3/ 284؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان، حديث (4490) 7/ 254؛ سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان، حديث (2243) 2/ 754.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) في نسخة: «ش»: (الغائب).

(4) في نسخة: «خق»: (فيه قولان في المذهب).

(5) المعونة 2/ 9.1.

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) في نسخة: «خق»: (ونحوه).

(8) في نسخة: «خق»: زيادة (النقد فيه).

(9) ساقطة في نسخة: «ش».

(10) المعونة 2/ 981. قال القاضي عبد الوهاب: إذا تبرع المشتري في بيع الغائب بنقد الثمن، أو بعضه قبل مجيء المبيع جاز، فأما إن اشترط البائع عليه النقد فيجوز في المأمون لعدم تغيره وأمنه في الغائب كالعقار والدور، ولا يجوز في الحيوان والمأكول، وما لا يُؤمَن تغيره، والفرق أن المأمون يقل الغرر فيه، وغير المأمون يكثر الغرر فيه، فاشتراط النقد فيه غرر، ولأنه يدخله سلف وبيع، لأن النقد يتردد بينهما، لأن المبيع إن سلم كان نقداً، وإن لم يسلم كان البائع قد انتفع بالثمن، ثم رد إلى المشتري.

قوله: «**ويجوز بيع البرنامج**»[1]: قد ذكرنا اختلاف العلماء في جواز بيع البرنامج، والمشهور من مذهب **مالك** جوازه اعتماداً على ما شاهده في المدينة من العمل الجاري عليه، وأنه لم يزل حينئذ من بيوع الناس[2]، وسيجيء حكم السلم بعد هذا.

فصل: «**والبائع جائز منجز[3] أو بشرط الخيار**»: إلى قوله: «**إذا دخل على بيع الناس المعتاد**».

شرح: اختلف العلماء في بيع الخيار فأجازه الجمهور[4]، ومنعه **الثوري** و**ابن أبي شبرمة** وطائفة من أهل الظاهر[5]، وعمدة الجمهور حديث **حبان بن منقذ**[6]، وفيه: (ولك الخيار ثلاثاً)[7] ولهم فيه مطعن من وجهين:

الأول: من (جهة)[8] إسناده[9]، **والثاني**: إنه مخصوص به **لما شكى إلى النبي ﷺ (أنه يخدع في البيوع**[10]، واحتج الجمهور أيضاً بما رواه ابن عمر

---

(1) البرنامج: هو العينة التي تبين عدد وصفات ما في اعدل أي صندوق أو نحوه مقفل على عدة أثواب.

(2) الموطأ، كتاب البيوع، باب البيع على البرنامج، حديث (1348) 2/ 670.

(3) معنى المنجز: أي الذي لم يشترط فيه خيار لأحد المتعاقدين.

(4) التفريع 2/ 171؛ الرسالة ص214؛ الكافي ص343؛ المعونة 2/ 1042.

(5) بداية المجتهد 2/ 341.

(6) منقذ بن عمرو حبان بن منقذ الأنصاري المازني مدين، جد محمد بن يحيى بن حبان له صحبة، شهد أحداً، كان يغبن في البيع فقال له ﷺ إذا بعت فقل: لا خلابة يقال إنه عاش ثلاثين ومائة سنة. ينظر: الجرح والتعديل للرازي 8/ 366؛ الإكمال لابن ماكولا 2/ 303؛ غوامض الأسماء المبهمة لابن بشكوال 1/ 109.

(7) حديث حبان بن منقذ: **(ولك الخيار ثلاثاً)**: سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الحجر على من لا يفسد، حديث (2355) 2/ 789؛ سنن البيهقي الكبرى، باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام، حديث (10239) 5/ 273.

(8) في نسخة: «خق»: (وجه).

(9) قال صاحب مصباح الزجاجة: هذا إسناد ضعيف لتدليس ابن إسحاق، وله شاهد من حديث أنس، رواه أصحاب السنن الأربعة 3/ 52.

(10) وليست قصة عامة ـ كما قال ابن حجر ـ وإنما هي خاصة في واقعة عين، فيحتج بها في حق من كان بصفة الرجل. ينظر: فتح الباري 3/ 338؛ نيل الأوطار 5/ 288.

عن النبي ﷺ[1] أنه قال: (**المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار**)[2] ولهم في الاحتجاج به مطعن[3] قال **أصبغ** فالخيار لهم في الصحيح معنان فتأوله **الثوري** على المقصود أن يقول أحدهما لصاحبه بعد البيع، اختر، وقد جاء ذلك مفسراً في الحديث، ومعمول به من السلف، وذكر القاضي أن الخيار على قسمين: (حكمي، وشرطي)[4] فالحكمي أقسام (ثلاثة)[5]:

الأول: الخيار في المبيع يوجد معيباً.

والثاني: الخيار في المبيع على الصفة يوجد مخالفاً.

والثالث: (الخيار)[6] في المبيع تقع فيه المغابنة (الكثيرة)[7] الفاحشة غير المعتادة.

وحكى القاضي **أبو محمد** في القيام بالغبن روايتين عن المذهب: **إحداهما**: أن البيع لازم، ولا خيار للمغبون، لأنه مفرد، **والثاني**: أن للمغبون الخيار إذا دخل على البيع المعتاد كالعيب، وحكى في غير التلقين روايتين[8]:

إحداهما: نفي القيام مطلقاً.

والثانية: أن لا خيار له إذا كان من أهل الرشاد والبصر بتلك السلعة، فإن كانا، أو أحدهما بخلاف (ذلك)[9] فللمغبون الخيار.

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) حديث: (**المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا...**): صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع، حديث (2003) 2/ 743؛ صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، حديث (1531) 3/ 1163؛ سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في خيار المتبايعين، حديث (3454) 3/ 272؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب ذكر الاختلاق على نافع في لفظ حديثه، حديث (4465) 7/ 248.

(3) بداية المجتهد 2/ 341.

(4) في نسخة: «خق»: (شرطي وحكمي) تقديم وتأخير.

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) ساقطة في نسخة: «ش».

(8) المعونة 2/ 1049.

(9) ساقطة في نسخة: «خق».

وتحصيل القول فيه على مذهب **مالك** أن المغبون إما أن يكون عالماً بالقيمة، أو جاهلاً بها مستسلماً للبائع، أو جاهلاً محانكاً في الثمن، فالأول لا مقال له لأنه في المعنى واهب للزيادة، وأما المستسلم الذي لا يعرف القيمة فلا خلاق أن له القيام بالغبن إذا غره البائع وخدعه لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: 188] ولنهيه ﷺ عن الخلابة[1]، وعن إضاعة المال[2].

وأما الجاهل بالقيمة المحانك في تقدير الثمن غير المستسلم للبائع فهل يتوجه له القيام بالغبن أم لا؟ (فيه)[3] قولان في المذهب، هذا ما أشار إليه **أبو عبد الله** وغيره من (المحققين)[4] المتأخرين[5]، وظاهر كلام القاضي في التلقين (أن مورد)[6] الخلاف في القيام بالغبن عام لا يختص بمستسلم، ولا عالم، ورآى (أئمتنا)[7] أن الخلاف في القيام بالغبن إنما يجري فيما عدا المزايدة والإشهار، وأما ما دخل السوق ووقعت فيه الشهرة والمزايدة فلا قيام فيه بالغبن، أما من لم ير القيام بالغبن فعول على أن المغبون مفرط، لأنه قادر على أن يوكل من يبيع له أو يبتاع، فهو بمنزلة من وهب جزءاً من ماله، ومن جعل له الخيار عول على قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ وعلى قوله ﷺ للرجل الذي شكا إليه أنه يخدع في البيوع، فقال له النبي ﷺ: **(إذا بعت فقل لا خلابة)**[8] وعلى نهيه ﷺ عن إضاعة المال، ونهيه عن الضرر

---

(1) سيأتي تخريجه قريباً.

(2) حديث النهي عن إضاعة المال: صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى، حديث (1359) 2/ 517؛ صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب النهي عن كثرة المسائل 3/ 1340.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) في نسخة: «ش»: (محققي).

(5) الجواهر الثمينة 2/ 497.

(6) في نسخة: «خق»: (لأنه ورد).

(7) في نسخة: «ش»: (شيخنا).

(8) حديث: **(إذا بعت فقل لا خلابة)**: صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، حديث (2011) 2/ 745؛ صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب ما =

والضرار، ولأنه غبن في الأثمان، فتعلق الخيار به، كتلقي الركبان.

فرع: اختلف القائلون بإثبات القيام بالغبن في حده، فمنهم من (قيده)[1] بالثلث حكاه القاضي **أبو محمد**، ومنهم من أحاله على العادة، فما علم أهل العادة أنه غبن رجع به. وقال القاضي في المعونة مثل أن يبيع ما يساوي ألفاً بمائة، أو يشتري ما يساوي مائة بألف[2].

قال القاضي ﷺ: **«فاما خيار[3] الشرط فلا يثبت بمقتضى العقد»**: إلى آخر الفصل.

شرح: وهذا كما ذكره، والخيار يكون في ثلاثة أمور إما في التروي في الثمن وإما في (العزم على الأخذ)[4] أو الترك، وإما في اختيار المبيع، وكل ذلك لا يثبت إلا بالشرط[5] وقال **ابن حبيب**: بإثبات خيار المجلس[6] بمقتضى العقد، وإن لم يكن شرط[7] وهو قول **الشافعي**[8] اعتماداً على قوله ﷺ: **(المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا)** والجمهور على أن المراد (الافتراق

= يخدع في البيع، حديث (1250) 3/ 552؛ سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يخدع في البيع، حديث (1250) 3/ 552؛ سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في الرجل يقول في البيع لا خلابة، حديث (3500) 3/ 282؛ سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الحجر على من يفسد ماله، حديث (2354) 2/ 788.

(1) في نسخة: «خق»: (قدره).

(2) المعونة 2/ 1049.

(3) خيار الشرط: هو أن يشتري الشيء الحاضر على أن له لخيار في إمساكه ورده إلى مدة معلومة.

(4) في نسخة: «خق»: (الغرم على الآخر).

(5) التاج والإكليل 4/ 409.

(6) خيار المجلس: أن يثبت الخيار للمتبايعين مدة جلوسهما معاً حتى يفترقا. ينظر: مواهب الجليل 4/ 409.

(7) المشهور من المذهب أن خيار المجلس باطل، قال ابن ناجي: وبه قال الفقهاء السبعة، واعترض خليل بأن سعيد بن المسيب هو من الفقهاء السبعة بلا خلاف، وهو قائل بخيار المجلس كقول ابن حبيب لا ينعقد البيع إلا بعد الافتراق من المجلس. ينظر: شرح الجلاب 121/ ظ.

(8) الأم 4/ 3؛ الإقناع ص91؛ روضة الطالبين 3/ 439.

بالإيجاب)[1] والقبول باللفظ. واحتج عليه القاضي **أبو محمد** بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ ولأنه عقد معاوضة، فلم يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح[2]، ولأنه لو كان ثابتاً بمقتضى العقد لبقي بعد الافتراق (كخيار)[3] العيب، ولما أجاز أيضاً أن يشتري الأب لابنه الصغير من نفسه، لأن مفارقة الإنسان لنفسه لا تصح، وللتحرز من مذهب **ابن حبيب والشافعي**، نبَّه القاضي بقوله: «ومجرد [4/ظ] القول المطلق كافٍ في لزومه»[4].

قوله: «ويجوز شرط الخيار لمن شرطه من المتعاقدين»: قلت لقوله ﷺ، واشترط الخيار ثلاثاً ولم يفرق بين المتبايعين وغيرهما ممن يجعلان ذلك إليه، لأن المقصود من الخيار، التأمل والاختبار، والاسترشاد والاستبصار، وكل واحد من المتبايعين محتاج إليه.

قوله: «ولا حد في مدته»: قلت الخيار على قسمين مطلق ومقيد، أما المطلق[5] فقد اختلف الناس فيه، فقال **الثوري والحسن بن جني**[6] وجماعة من أهل العلم بجواز اشتراط الخيار المطلق، ويكون لمشترطه أبداً، وقال **مالك** بجوازه، ويضرب السلطان فيه أجل المثل[7]، وقال **الشافعي**: الخيار المطلق باطل، فإن وقع مطلقاً في حين العقد فهو فاسد[8]. وقال **أبو حنيفة**: الخيار المطلق باطل إلا أنه إن (وقع)[9] الخيار في الثلاثة الأيام من الخيار المطلق جاز البيع، وإن مضت الثلاثة الأيام فسد البيع[10]، وأما الخيار المقيد بالأجل، فقد

---

(1) في نسخة: «خق»: (بالافتراق الإيجاب).
(2) المعونة 2/ 1043.
(3) في نسخة: «خق»: (خيار).
(4) يعني أن من اشترى شيئاً لزمه بمجرد العقد، ولا يكون له الخيار مدة وجود العاقدين في مجلس العقد إلا أن يشترطه أحدهما فيعمل بالشرط، وهذا هو المشهور من المذهب. ينظر: حاشية الدسوقي 3/ 91.
(5) الخيار المطلق: أي غير المحدود.
(6) لم أقف على ترجمته.
(7) بداية المجتهد 2/ 242.
(8) الإقناع ص91.
(9) في نسخة: «خق»: (أوقع).
(10) مختصر الطحاوي ص75.

اختلف الفقهاء فيه، فقال **الشافعي وأبو حنيفة** (أجل الخيار إلى ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك، وقال **أحمد وأبو يوسف**)[1] **ومحمد بن الحسن** يجوز الخيار لأي مدة اشترطه[2]، وبه قال **داود**[3]، وقال **مالك** رحمه الله هو بحسب المبيعات تابع لما تدعو إليه الحاجة وتقتضيه الضرورة[4]، والأجل في ذلك على ثلاثة أقسام: جائز وهو ما تدعو إليه الضرورة، ومكروه: وهو الزيادة اليسيرة على ذلك، وممنوع: وهو الزيادة الكثيرة، واتفق (مذهب **مالك**)[5] رحمه الله على أن المدة في ذلك تختلف باختلاف المبيعات[6] كما ذكرناه، ففي الثوب يوم ويومان وثلاثة أيام[7]، ولا يجوز (استدامة)[8] لبسه فيها، وفي العبد والجارية (خمسة أيام)[9] والجمعة، ويجوز اشتراط استخدامه فيها، والفرق بينهما ظاهر، وفي الدار الشهر ونحوه، وقال **ابن المواز**: الأجل في العبد الأربعة الأيام والخمسة، ولا أفسخه في العشرة، وأفسخه في الشهر، (وأجاز)[10] **ابن القاسم** (في العبد عشرة أيام)[11]، وقد روى (عن **مالك**)[12] أنه أجاز فيه الشهر فما دونه رواه عن **ابن وهب**، وأباه **ابن القاسم وأشهب**[13]. وأما الدابة ففي المدونة أنها تركب اليوم ونحوه، وأجاز أن يشترط أن يسير عليها البريد والبريدين[14]، وأجاز **مالك**

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) مختصر الطحاوي ص75؛ الهداية 3/ 31؛ الإقناع ص91؛ روضة الطالبين 3/ 444؛ المغني 3/ 589.

(3) بداية المجتهد 2/ 342/ز.

(4) المعونة 2/ 1045؛ البداية 2/ 342.

(5) في نسخة: «خق»: (المذهب).

(6) التفريع 2/ 172؛ المعونة 2/ 1045؛ المقدمات 2/ 88؛ البداية 2/ 242.

(7) المدونة 10/ 170.

(8) في نسخة: «خق»: (اشتراط).

(9) في نسخة: «ش»: (الخمسة الأيام).

(10) في نسخة: «خق»: (اختار). والصواب ما أثبته. ينظر: المنتقى 6/ 431.

(11) في نسخة: «خق»: (العشرة الأيام).

(12) ساقطة في نسخة: «خق».

(13) النوادر 6/ 385؛ المقدمات 2/ 88.

(14) المدونة 10/ 170.

في الواضحة (الشهر ونحوه)[1] في الدار[2]، لأنه يحتاج إلى النظر في حيطانها وأساسها ومرافقها، واختبار جيرانها، وفرق بعض المتأخرين بين أن يكون مشتري الدار من الجيران أو غيرهم، فإن كان من الجيران لم يمكن من سكناها لعلمه بجيرانها، وإن كان من غير (الجيران)[3] جاز له اشتراط سكناها الشهر والشهرين.

فرع: إذا زاد في مدة الخيار على (الأمد المعتاد)[4] فسخ البيع[5]، فإن أسقط الزيادة ففيه قولان: المنصوص أن العقد باطل لا يصح بإسقاط الزيادة، وخرج **أبو عبد الله المازري** الصحة (من)[6] مسألة السلم فيمن أسلم في تمر سلماً فاسداً، فلما فسخ عليه، وقضى له برأس المال فهل له أن يأخذ به تمراً مثل المسلم، فيه قولان: المشهور المنع لأن فيه تتميماً للعقد الفاسد فهو كالزيادة التي (يريد)[7] إسقاطها، لأن إسقاط الزيادة تمسكاً بالسلعة، وهو مقتضى الشرط فكأن الإسقاط لم يفد شيئاً، وقيل إن له الإسقاط ويصح البيع.

فرع: لو تبايعا على (البت)[8] وتناقدا فقد أجاز في الكتاب أن يجعل أحدهما (الخيار لصاحبه)[9]. قال (الشيوخ)[10] إنما يجوز إذا (لم)[11] يسترجع الثمن ليلا يأخذ سلعة بالخيار عن الثمن الذي صار ديناً فيكون ديناً بدين، وأصل **ابن القاسم** منعه.

فرع: إذا اشترط المشتري سكنى الدار فسكنها هل عليه كراء أم لا؟

---

(1) في نسخة: «خق»: (الشهرين ونحوهما).
(2) المنتقى 6/ 432.
(3) في نسخة: «خق»: (جيرانها).
(4) في نسخة: «خق»: (أمدها المتعاهد).
(5) المقدمات 2/ 89.
(6) في نسخة: «خق»: (في).
(7) في نسخة: «ش»: (يرد).
(8) في نسخة: «خق»: (الثبات).
(9) في نسخة: «خق»: (الخيار لصاحبه) تقديم وتأخير.
(10) في نسخة: «ش»: (الشيوخ).
(11) ساقطة في نسخة: «خق».

الصحيح أنه بائع لما (دخل)[1] عليه، فإن سكنها من غير اشتراط ولا بيان فلا كراء، لأنه سكن اختياراً، وفصل فيه بعض المتأخرين (وقال)[2] إن كان الساكن في مسكن يسكنه بملك أو كراء، ولم يخله أو يكره من غيره، فلا كراء، لأن هذا اختبار محض لا انتفاع، وإن كان في داره فأكراها، أو في دار غيره فسقط عنه الكراء في مدة انتقاله، وأكراها في تلك المدة فعليه الكراء.

تنبيه: حكى الشيخ **أبو محمد عبد الحق** في الدابة اليومين والثلاثة كالثوب قال: وإنما شرط في المدونة اليوم في الركوب[3]، وأما الفاكهة كالبطيخ والقثاء، فقال في الكتاب إن كان الناس (يستشيرون)[4] في مثل هذا ففيه الخيار بقدر الحاجة، ولا يغيب المبتاع على شيء مما لا يعرف بعينه من الفواكه وغيرها، لأنه يصير تارة بيعاً، وتارة سلفاً إن أراد رده[5].

قوله: «وإذا اختلفا في الرد والإمضاء فالقول قول مختار الرد»: وهذا كما ذكره[6] لأن مختار الإمضاء قد أسقط حقه في الفسخ، وبقي (حق)[7] الآخر فلا يسقط بإسقاط غيره.

قوله: «ويقوم الوارث (فيه)[8] مقام الموروث»: يعني أن (خيار)[9]

---

(1) في نسخة: «ش»: (دخلا).

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) النكت لعبد الحق 159/و، مخطوط «خع»، رقم (50ظ). وفيه: يجوز الخيار في الدابة اليومين والثلاثة كما قال في الثوب، وإنما ذكر في الكتاب إذا شرط ركوبها، فقال الدابة تركب اليوم ونحوه، وأما من غير شرط ركوب فيجوز فوق ذلك اليوم والثلاثة كما ذكرنا فاعلمه.

(4) في نسخة: «خق»: (يستشارون) والصواب ما أثبته من النسخة: «ش» وهو الموافق لما في المدونة 10/ 171.

(5) المدونة 10/ 171.

(6) يعني أنه إذا اختلف المتبايعان، فقال أحدهما رددت البيع، وقال الآخر: بل قبلته، فالقول قول من يرى الرد.

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

(8) ساقطة في نسخة: «خق».

(9) في نسخة: «خق»: (اختباره) كذا.

المبيع يورث[1] وبه قال **مالك، والشافعي**[2]، وقال **أبو حنيفة** إذا مات من له الخيار، ثم البيع، ولا خيار للورثة[3]، لأن مشيئة الإنسان واختياره (صفة)[4] قد هلكت بهلاكه، قلت: أنواع الخيار مختلفة، فأما خيار الرد بالعيب وخيار استحقاق [5/و] (الغنيمة قبل القسم)[5]، وخيار القصاص، (فقد)[6] اتفق الفقهاء الثلاثة **مالك وأبو حنيفة، والشافعي** وأصحابهم على ثبوته للورثة، واتفقوا أيضاً على أن الخيار في اعتصار الهبة، وفي الطلاق واللعان (أنه)[7] غير موروث[8]، ومعنى خيار الطلاق أن يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتي متى شئت فيموت الرجل المجعول له الخيار فلا يتنزل (الورثة)[9] منزلته إجماعاً. واختلفوا في خيار المبيع وخيار الشفعة والدليل على صحة ما ذهبنا إليه قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: 12] فعم، وقوله ﷺ: **(من ترك مالاً أو حقاً فلورثته)**[10] ولأنه حق مالي فجاز أن يورث

---

(1) لأنه خيار ثابت، فجاز أن يقوم الوارث مقام الموروث. ينظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2/ 250.

(2) التفريع 2/ 171؛ الكافي ص344؛ الإشراف 249 ـ 250؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 3/ 102؛ الأم 3/ 3.

(3) مختصر الطحاوي ص75؛ مختصر القدوري 2/ 14؛ الهداية 3/ 34.

(4) في نسخة: «خق»: (صافية).

(5) في نسخة: «ش»: (قيمة قبل الفسخ) والصواب ما أثبته من نسخة: «خق». ينظر: البداية 2/ 345.

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

(8) مختصر الطحاوي ص75؛ مختصر القدوري 2/ 14؛ الهداية 3/ 34؛ بداية المجتهد 2/ 345.

(9) في نسخة: «خق»: (ورثته).

(10) حديث: **(من ترك مالاً أو حقاً فلورثته)**: صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب الدين، حديث (2176) 2/ 805؛ صحيح مسلم، كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته، حديث (2090) 4/ 413؛ سنن أبي داود، كتاب الفرائض، باب في ميراث ذوي الأرحام، حديث (2899) 3/ 123؛ سنن النسائي، كتاب الجنائز، باب الصلاة على من عليه دين، حديث (1070) 4/ 45؛ سنن ابن ماجه، كتاب الصدقات، باب من ترك ديناً أو ضياعاً فعلى الله وعلى رسوله، حديث (2415) 2/ 807.

كسائر الحقوق ورأى **أبو حنيفة** أن الورثة إنما تتعلق بالأموال دون الحقوق والأحكام، وقاس خيار البيع، وخيار الشفعة على خيار الاعتصار وغيره مما سلمه الخصم، وقاس المالكية والشافعية خيار البيع وخيار الشفعة على خيار الرد بالعيب. وإذا فرَّعنا على أنه موروث فاختلف الورثة فأراد بعضهم الإمضاء، وبعضهم الفسخ لم يكن لهم التبعيض كما لم يكن لوليهم، فإما رضوا (بالإمضاء، أو بالفسخ أجمع)[1].

قوله: «ويحكم بالإمضاء في كل تصرف يفعله المالك في ملكه لا يحتاج في اختبار المبيع عليه»: قلت: الأفعال الواقعة (على)[2] أعيان الممتلكات منها ما يشترط الملك في صحة وقوعها شرعية، وذلك أنواع: منها العقود الواقعة فيها بعوض كالبيع، والإجارة، والكتابة، أو بغير عوض كالهبة والصدقة والتدبير والإعتاق المعجل، ومنها الاستمتاع والتلذذ وغير ذلك من أنواع المباشرة، ومنها ما لا يقع شرعاً بحال، سواء وقعت في مملوك للفاعل، أو في غير مملوك كالجنايات ونحوها، ولما كان الرضى معنى (قلبياً استدللنا)[3] عليه بالآثار الظاهرة، وحكم هذه الأفعال التي ذكرنا مختلف، والضابط الكلي فيما (يقطع)[4] به الخيار (أن يقال)[5]: إنه ينقطع بأحد ثلاثة أشياء قول، أو فعل، أو ترك أما القول فظاهر وهو النص على إسقاطه، وأما الترك فإمساكه عن القول، أو الفعل (الدالين)[6] على تعيين أحد الوجهين إلى أن تنقضي مدة (أيام)[7] الخيار، فإذا انقضت ولم يظهر (منه)[8] قول، أو فعل كان ذلك دليلاً على تعيين أحد الوجهين، فإن كان الخيار للبائع والسلعة في يده فذلك دليل على اختياره الفسخ، وإن كانت في يد المشتري كان تركه للرد

(1) في نسخة: «خق»: (أجمعين بالإمضاء أو بالفسخ).
(2) في نسخة: «ش»: (في).
(3) في نسخة: «خق»: (فليس استدلالنا).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) في نسخة: «خق»: (والدليل).
(7) ساقطة في نسخة: «ش».
(8) في نسخة: «خق»: (فيه).

على ربها دليلاً على التمسك والرضا بها، وأما الفعل فهو على ثلاثة أقسام إما أن يدل عادة على الرضا والإمضاء، أو على الرد والإباء، أو يكون محتملاً، فمع ظهور الدلالة على أحدهما يمضي حكم ذلك، ومع الاحتمال يرجع إلى الأصل وهو ثبوت الخيار بالأصل، فلا يسقط بالاحتمال.

تكميل: الأفعال على ثلاثة أقسام منها ما يعد رضا بالإجماع، ومنها ما لا يعد رضا (بالإجماع)[1]، ومنها ما فيه خلاف، فالأول كالعقود المفوتة بعوض أو بغير عوض كالبيع والصدقة والهبة والعتق ونحوها، وكالفعل الذي يشترط (فيه)[2] الملك في صحة وقوعه شرعاً كالقبلة واللمس للذة والوطء والاستيلاد والتزويج، فهذا لا خلاف فيه أنه يعد رضا، (وقيل إن تزويج الأمة رضا بخلاف العبد، فإن كان ذلك من البائع والخيار له دل على الرد، وإن كان من المشتري دل على الرضا، وأما ما لا يعد رضا بالإجماع)[3] فهو اختبار الأعمال بالاستخدام، وجناية الخطأ، وذلك لا يعد رضا إجماعاً، والقسم المختلف فيه الإجارة والرهن، وإسلامه للصناعة، وسوم السلعة، وجناية العمد، وتجريد الجارية وهذه الأقسام كلها مختلف فيها، ومذهب **ابن القاسم** أن ذلك كله دليل على الرضا قاطع للخيار وقال **أشهب** لا يكون ذلك اختياراً، ويحلف في ذلك كله بالله ما كان مني رضى[4]. وقد ألحق بعضهم قسم التزويج في العبد والأمة بهذا القسم المختلف فيه. قال **ابن القاسم** ولو سلكت الدابة أو ودجها، أو سافر عليها لكان رضى[5]، وجعل بعض الشيوخ الاختلاف بين **ابن القاسم وأشهب** في هذه المسألة خلاف في شهادة لا في فقه، فمن جعل هذه الأفعال قاطعة غير محتملة جعلها رضى، ومن لم تشهد العادة عنده بأنها دلائل قاطعة استحلفه وهو قول **أشهب**[6]. قال **ابن القاسم**

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) المعونة 2/ 1044؛ المنتقى 6/ 435.
(5) المنتقى 6/ 435.
(6) المعونة 2/ 1044.

ليس تجريد الجارية اختياراً إلا أن يقصد التلذذ، أو ينظر إلى الفرج (بعينه)[1][2].

قال **سحنون** كل ما يعد من المشتري رضى فهو من البائع (رداً)[3] إذا كان له (خيار فسخ)[4]. قال الشيخ **أبو (الحسن)**[5] هذا غير مطرد، لأن الغلة للبائع، فإذا سلمه للصناعة أو أجره فلا يكون ذلك فسخاً لأن له أن يقول إنما أردت الغلة، قال الشيخ **أبو الطاهر**: وهذا يختلف بحسب الأحوال، فتطويل مدة الإجارة وخروجها عن حد أمد الاختيار دليل على قصد الرد.

فرع: إذا ابتاع عبداً بأمة [5/ظ] بالخيار ثم أعتقهما معاً في مدة الخيار، نفذ عتق الأمة، لأنها ملكه، فحينئذ (يرد)[6] العبد على سيده فلا ينفذ عتقه.

قوله: «وتلفه من البائع إن كان في يده» إلى آخره. قلت: اختلف الناس في (ضمان)[7] المبيع على الخيار[8] فقال **الشافعي** في أشهر قوليه ضمانه من المشتري مطلقاً لأيهما كان الخيار[9] وقال **أبو حنيفة** ضمانه من مشترط الخيار)[10]، فإن اشترطاه فضمانه من البائع، لأنه ملكه بحق الأصل، وقد روى عن **أبي حنيفة** أنه إذا كان الخيار للمشتري فلا ضمان على البائع لخروجه عن ملكه بإثبات البيع من جهته، ولا على المشتري لاشتراطه الخيار، بل هو موقوف[11]. واختلف قوله **مالك** في ذلك، فقيل ضمانه من البائع

---

(1) المنتقى 6/ 435.
(2) في نسخة: «ش»: (تنبيه).
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) في نسخة: «خق»: (الخيار فسخاً).
(5) في نسخة: «خق»: (إسحاق).
(6) ساقطة في نسخة: «خق».
(7) في نسخة: «خق»: (تضمين).
(8) يعني إذا وقع البيع، ولم يقبض المشتري المبيع حتى تلف في يد البائع فضمانه على البائع، وأما إذا استلمه المشتري، فإن ضمانه يكون عليه.
(9) روضة الطالبين 3/ 436.
(10) ساقطة في نسخة: «خق».
(11) شرح فتح القدير 6/ 313.

مطلقاً، فالمشتري أمين فيما يغاب عليه (وما لا يغاب عليه)[1]، وبه قال **الليث والأوزاعي**، وهذا بناء على أنه على الانحلال، وسواء كان الخيار لهما، أو لأحدهما، وقد روى عن مالك أن ضمانه من المشتري إن كان في مدة ضمان العوارض، فلا يضمن ما لا يغاب عليه، ويضمن ما يغاب عليه، إذا لم تقم بينة على التلف، فإن قامت البينة على ذلك ففيه قولان (بين)[2] **ابن القاسم وأشهب**، فإن كان في يد البائع فضمانه منه اتفاقاً[3].

فرع: إذا وجب الضمان بالتلف فهل يغرم الثمن، أو الأكثر من الثمن أو القيمة قولان في المذهب مبنيان على تغليب حكم البيع، أو التعدي، وقد اختلف المذهب في بيع الخيار هل هو على الحل، واشتراط الخيار فيه تتميمه، أو على العقد واشتراط الخيار فيه لفسخه بعد انعقاده[4]. والظاهر أن الضمان من البائع من حيث كان العقد غير لازم فلم ينتقل ملك البائع عن المبيع حقيقة، كما لو باع البائع ولم يقبل المشتري، وأما من جعل ضمانه من مشترط الخيار فإنما نظر إلى أن اشتراط الخيار إن كان من البائع فالملك باق له، فالضمان (عليه)[5]، وإن كان الاشتراط من المشتري فقد صرفه البائع عن ملكه وقد بقي معلقاً حتى ينقضي الخيار وهو أحد قولي (الحنفية)[6]، وإنما يدخل في (ملك)[7] المشتري إذا اشترط الخيار، لأن اشتراطه قد منع من دخوله في ملكه. وقول الحنفية أنه معلق لا يتجه لأنه لا ينفك عن ضمان، فإما البائع وإما المشتري، فإن انتفى (الضمان)[8] عن البائع بحصول البتات من جهته تعين تضمين المشتري تشبيها له بالعقد اللازم (فيه)[9]،

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) بداية المجتهد 2/ 343 ـ 344.
(4) المعونة 2/ 1043 ـ 1044.
(5) في نسخة: «خق»: (منه).
(6) في نسخة: «خق»: (الحنفية).
(7) في نسخة: «خق»: (ضمان) عوض (ملك).
(8) ساقطة في نسخة: «خق».
(9) ساقطة في نسخة: «ش».

وفيه نظر، إذ لا يقاس موضع الخلاف على موضع الاتفاق.

فروع: تتعلق بالخيار، اختلفوا في النقد في (بيع)[1] الخيار بغير شرط، والمشهور جوازه[2]، وأما اشتراطه فممنوع في الأجل القريب والبعيد لاحتمال أن يكون تارة بيعاً وتارة سلفاً.

فرع: إذا بنينا على أن ضمانه من البائع فالخراج له لقوله ﷺ: **(الخراج بالضمان)** واختلف قول **ابن القاسم وأشهب** فيما إذا بيعت أمة على الخيار، فولدت في مدة الخيار، وأمضى من له الخيار البيع، فقال **ابن القاسم وأشهب** فيما إذا بيعت أمة على الخيار، فولدت في مدة الخيار، وأمضى من له الخيار البيع، فقال **ابن القاسم** الولد للمشتري: بناء على أنه ليس بغلَّة إذ هو كالجزء منها، وقال **أشهب**: هو للبائع كالغلَّة واللبن[3]، واتفقوا على أن الصوف للمبتاع لأنه مشتري.

فرع: إذا قلنا إن الولد للبائع فهو بيع حصلت فيه تفرقة فهل يفسخ أم يجبران على الجمع بينهما (فيه)[4] قولان في المذهب مبنيان على ما أوجبته الأحكام، هل يجعل كما دخلا عليه أم لا؟ وإذا أجبرناهما على الجمع فهل المقصود الجمع بينهما في ملك واحد، أو في حوز واحد (فيه)[5] قولان.

فرع: إذا وهب للعبد مال من أيام الخيار فقال في الكتاب هو للبائع، وقال بعض الشيوخ إلا أن يكون المشتري قد استثنى ماله، (فالمال)[6] الذي وهب له للمشتري بخلاف المال يوهب للعبد المرتهن فهو لسيده غير داخل في الرهن[7].

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».

(2) المعونة 2/ 1048.

(3) التفريع 2/ 172؛ وقد اعترض غير واحد تصوير هذه المسألة من حيث إنها ولدت في أيام الخيار، وذلك يستلزم بيعها بقرب الولادة وهو لا يجوز. ينظر: شرح التفريع لابن ناجي ورقة 122/ و.

(4) ساقطة في نسخة: «ش».

(5) ساقطة في نسخة: «ش».

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) التاج والإكليل 4/ 422؛ حاشية العدوي 2/ 227.

فرع: إذا جنَّ من له الخيار نظر (له السلطان)[1] في الإمضاء، أو الرد، وأما المغمى عليه فقال **ابن القاسم**: يوقف الأمر حتى يفيق، وقال **أشهب**: ينظر له السلطان كالمجنون، وهو (خلاف في شهادة)[2] هل يدوم الإغماء أم لا[3].

فرع: اختلف المذهب إذا اشترى سلعة على (خيار)[4] فلان ففي المذهب فيه خمسة أقوال[5] أحدهما أنه حق لمشترطه فقط دون صاحبه، ودون (المشترط رضاه)[6] (وقع)[7] في الواضحة، (وقيل)[8]: إنه حق لمن (جعل)[9] له الرضا وللباقي من المتبايعين دون مشترط ذلك، وقيل: بالتفرقة بين البائع والمشتري، فإن اشترى ذلك البائع فله (الاستقلال بالإمضاء)[10] أو الرد، وإن اشترطه المشتري توقف فعله على رضا من اشترط رضاه، وقيل: إنه حق للبائع والمشتري دون من اشترط رضاه، وقيل: إن كان اشتراط رضى الأجنبي من المتبايعين جميعاً، ولهما في ذلك غرض صحيح فهو كوكيل لهما، فليس لأحدهما عزله عن ذلك لتعلق حق خصمه بذلك، وليس لأحدهما أن يرد أو يمضي دونه، وهذا هو اختيار بعض المتأخرين، وهو اختيار بعض شيوخنا إذا ظهر أحد القصدين، فإن لم يظهر أحدهما فظاهر الكتاب إسقاط الرد، وقال **ابن حبيب** ليس له ذلك.

قال القاضي ﵀: [6/و] «**بيع الربا غير جائز، والربا ضربان تفاضل ونساء**»: قلت: وهذا كما ذكره، وقد انعقد الإجماع على تحريم الربا قال الله

---

(1) في نسخة: «خق»: (السلطان له) تقديم وتأخير.
(2) في نسخة: «خق»: (اختلاف شهادة).
(3) النوادر 6/ 390؛ المنتقى 6/ 437.
(4) في نسخة: «خق»: (رضا) عوض (خيار).
(5) المنتقى 6/ 439.
(6) في نسخة: «خق»: (مشترطي الرضا له).
(7) في نسخة: «خق»: (قال).
(8) ساقطة في نسخة: «خق».
(9) ساقطة في نسخة: «خق».
(10) في نسخة: «خق»: (الانتقال من الإمضاء).

تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ وثبت من حديث **عبادة بن الصامت**[1] قال: (**سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح سواء بسواء عيناً بعين فمن زاد أو استزاد فقد ربا، وإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد**)[2]، (وهذا نص في منع التفاضل في الصنف الواحد، ومنع النسيئة في الصنفين)[3].

(قال القاضي)[4]: «**والربا تفاضل**[5] **ونساء**»[6]: يعني به (الربا)[7] الشرعي الثابت تحريمه بالنص وإلا فالربا اللغوي أعم من ذلك، لأنه عبارة عن الزيادة، وانعقد الإجماع على تحريم النَّساء في هذه الأصناف المعدودة في حديث عبادة. وأجمع الجمهور على تحريم التفاضل في الصنف الواحد منها، وقد كان ينقل عن **ابن عباس**: (أن لا ربا إلا في النسيئة) اعتماداً على ما روى من قوله ﷺ: (**لا ربا إلا في النسيئة**)[8] وأجاز ابن

---

(1) عبادة بن الصامت بن قيس الأنصاري الخزرجي أبو الوليد المدني، أحد النقباء، بدري مشهور مات بالرملة سنة (34هـ ـ 655م). ينظر: تقريب التهذيب ص292.

(2) حديث عبادة بن الصامت: صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، حديث (1587) 3/ 1211؛ سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل كراهية التفاضل فيه، حديث (1240) 3/ 514؛ سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في الصرف، حديث (3349) 3/ 248.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) في نسخة: «خق»: (قلت).

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) حديث: (**لا ربا إلا في النسيئة**): صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، حديث (1596) 3/ 1217؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة، حديث (4580) 7/ 281؛ سنن ابن ماجه، كتاب البيوع، باب من قال لا ربا إلا في النسيئة، حديث (2257) 2/ 758.

(7) أبو البشر الأسدي، إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم، المشهور بابن علية، وهي أمه، الإمام العلامة الحافظ الثبت، روى عنه ابن جريج وشعبة وغيرهما، وكان يقول: من قال: ابن علية فقد اغتابني ولد سنة (110هـ ـ 729م)، وتوفي في ذي القعدة سنة (193هـ ـ 809م). ينظر: سير أعلام النبلاء 9/ 108 ـ 112.

(8) بداية المجتهد 2/ 219. وفيه: إلا ما حكي عن ابن علية أنه قال: إذا اختلف الصنفان =

علية[1] التفاضل والنسيئة في هذه الأصناف الربوية إذا اختلف الصنفان ما عدا الذهب والفضة[2]، فإنهم اتفقوا على تحريم النساء (فيه)[3].

قوله: «والتفاضل على وجهين تفاضل في العين وتفاضل في القيمة» هو كما ذكره، وقد مثل كل واحد من القسمين، وكذلك قال أهل المذهب: التوليج على قسمين، توليج في الأعيان، وتوليج في الأثمان، وكلاهما موجب للرد.

قوله: «فالتفاضل في العين يحرم»: (يريد)[4] الربوي من المطعومات والعين مسكوكاً أو غير مسكوك، وجمهور الفقهاء على أن الحكم معلق بمعاني هذه الأشياء المعدودة في حديث عبادة بن الصامت وأبي سعيد لا بأسمائهما، وقال قوم: إن الحكم معلق بأسمائهما، ومقصور عليها وهما صنفان منهم نفاة القياس[5]، ومنهم القائلون بإثبات القياس إلا أنهم عدموا في هذا المحل النوع المعتبر منه، ولم يروا قياس الشبه[6] حجة، وهؤلاء الذين قصروا الحكم عليها

= جاز التفاضل والنسيئة ما عدا الذهب والفضة.

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) ربا الفضل: هو بيع النقود بالنقود من جنس واحد، أو الطعام بالطعام من جنس واحد مع الزيادة وعرفه ابن عرفة بأنه: عوضاً متحدي جنس الذهب أو الفضة أو ربوي الطعام. ينظر: شرح حدود ابن عرفة 1/ 335.

(3) النساء لغة التأخير، وشرعاً هو زيادة المدة في نظير الزيادة على رأس المال، وحده ابن عرفة بأنه: عوضاً مختلفي جنسه، أو الذهب والفضة. ينظر: مختار الصحاح ص273؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 1/ 336.

(4) في نسخة: «خق»: (في جنس).

(5) كداود الظاهري وأتباعه. ينظر: المحلى 9/ 588.

(6) قياس الشبه: هو أن تحمل فرعاً على الأصل بضرب من الشبه، وذلك مثل أن يتردد الفرع بين أصلين يشبه أحدهما في ثلاثة أوصاف، ويشبه الآخر في وصفين، فيرد إلى أشبه الأصلين به وذلك كالوضوء يشبه التيمم في إيجاب النية من جهة أنه طهارة عن حدث، ويشبه إزالة النجاسة في أنه طهارة بمائع، فيلحق بما هو أشبه به.. واختلف القائلون بقياس الشبه فمنهم من قال الشبه الذي يردد به الفرع إلى الأصل يجب أن يكون حكماً، ومنهم من قال يجوز أن يكون حكماً، ويجوز أن يكون صفة. ينظر: اللمع ص100 ـ 101؛ البرهان في أصول الفقه 2/ 569؛ إرشاد الفحول ص372.

قائلون بنفي القياس (رأوا أن)[1] ذلك من باب الخاص[2]، ورأى الجمهور أن ذلك من باب (الشبهة على العلة)[3] فيلحق المسكوت (عنه)[4] بالمنطوق به إذا كان في معناه بناء على إثبات قاعدة القياس، وقد اختلف (القائلون بالتعليق)[5] في علة الربا، ولهم في ذلك مسالك. ونبدأ بعلة النَّساء للإجماع على امتناعه، وقد اختلف الناس[6] في ذلك، واتفق مذهب **مالك** رَحِمَهُ اللهُ وجميع أصحابه على أن العلة في ذلك الطعم مطلقاً في النصف والصنفين[7]، ولذلك حرموا النسيئة في الصنفين، وأجازوا التفاضل (فيهما)[8]، فالطعم (بالإطلاق)[9] علة (لمنع)[10] النسيئة في المطعومات عندنا وهو الصحيح لقوله ﷺ: **(الطعام بالطعام مثلاً بمثل يداً بيد** والتعليق بالمشتق كاف في التعليل، إلا أنه يلزمهم على مقتضاه الاكتفاء بذلك في امتناع التفاضل وهم غير قائلين به، وأما العلة في امتناع التفاضل فللمالكية فيها ثلاث طرق: أحدها: اعتبار الاقتيات والادخار معاً، والثانية: اعتبار الاقتيات فقط، وهو اختيار القاضي **أبي إسحاق**، واعتبر بعضهم الادخار فقط، وأضاف القاضيان **أبو (الحسن)**[11] **وأبو محمد** إليهما وصفا ثالثاً: وهو كونه متخذ للعيش غالباً، وأضاف بعضهم كونه مصلحاً للأقوات، اعتبر بذلك الملح فيها وهو مصلح للأقوات وإنما خصوا الأقوات، لأن طلب قانون العدل فيها أعم، وحفظ المعاش فيها ألزم لحاجة جميع الناس إليها، وجعل بعضهم الادخار مكملاً للعلة، لا شرطاً ولا

---

(1) في نسخة: «خق»: (وأن).
(2) في نسخة: «ش» زيادة (أريد به الخاص).
(3) في نسخة: «خق»: (التشبيه للعله).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) في نسخة: «خق»: (في التعليل).
(6) ساقطة في نسخة: «خق».
(7) المنتقى 6/ 188؛ البداية 2/ 220.
(8) في نسخة: «خق»: (بينهما).
(9) في نسخة: «خق»: (ببطلان).
(10) في نسخة: «خق»: (تمنع).
(11) في نسخة: «خق»: (إسحاق) والصواب ما أثبته من نسخة: «ش».

جزاءً، وأجرى حكم الربا في النادر الادخار كما أجراه في المعتاد، وقال **الشافعي**: (العلة)[1] في ذلك الطعمية، وقالت الحنفية: المعتبر الكيل والوزن، وقال **ابن الماجشون**: المعتبر المالية (بالربا)[2] فالربا ممتنع عنده في جميع الأموال[3] حياطة لها، وتحرزاً من المغابنة، وبه قال بعض التابعين، وقال بعضهم المعتبر المالية في الأجناس التي تجب فيها الزكاة فقط، وقال **ابن المسيب**: (العلة)[4] الطعم والكيل[5]، وهو جمع بين قولي الشافعية، والحنفية[6]، واتفقوا كلهم على أن العلة في الذهب والفضة كونهما أثماناً للمبيعات، وقيماً للمتلفات وأرواشاً للجنايات[7] وهذه تسمى بالعلة القاصرة[8]، وكل طائفة تمسكت بطريق من الاستنباط، أما المالكية قالوا له كان المقصود الطعم وحده للزم الاكتفاء بصنف واحد، ولما وقع التعديد دل على أن المقصود التنبيه بكل واحد منها على ما في معناه فاشتركت كلها في الاقتيات، والادخار، والطعمية، والكيل، والوزن، والمالية، واختص البر والشعير بكونهما أصول الأقوات، فوقع التنبيه بهما على ما في معناهما من القطاني والسلت، ونبه بالتمر على جميع الحلاوات كالسكر والعسل والزبيب، ونبه بالملح على جميع التوابل المتخذة لإصلاح الطعام، وأما الشافعية فعولوا على تعليق الحكم بالوصف المشتق، وذلك دليل العلة اعتماداً منهم على

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) ساقطة في نسخة: «ش».
(3) بداية المجتهد 2/ 221.
(4) في نسخة: «خق»: (المعتبر).
(5) المنتقى 6/ 188؛ بداية المجتهد 2/ 223، قال الباجي: فروى مالك عن سعيد بن المسيب أن العلة عنده الكيل أو الوزن فيما يؤكل أو يشرب.
(6) مختصر الطحاوي ص75؛ مختصر القدوري 2/ 37؛ الأم 3/ 15 ـ 18؛ مختصر المزني ص77؛ الإقناع ص95.
(7) المعونة 2/ 960.
(8) في حجية العلة القاصرة أو عدم حجيتها. ينظر: البرهان في أصول الفقه 2/ 663؛ الأحكام للآمدي 3/ 238؛ تخريج الفروع على الأصول ص47؛ المستصفى ص338؛ إرشاد الفحول ص355.

قوله ﷺ: **(لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل يداً بيد)**، (فكان الطعام علة كالسرقة المرتبة عليها القطع في قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾ الآية)[1] وعول الحنفية [6/ظ] على قوله ﷺ: في بعض طرق حديث (عبادة)[2] وكذلك ما يكال، أو يوزن، وأما **ابن الماجشون** فرأى أن المقصود هو العدل في المبايعات، وحفظ الأموال ليلاً يغبن بعض الناس بعضاً فكان ذلك عاماً في جميع الأموال، ولماكان نفي الغبن، وتحصيل قانون المماثلة والعدل منها (حصرها)[3] الجمهور في الأقوات فقط، لأن الحاجة إليها أهم والمنفعة (بها أعم)[4] (وأنها متقاربة)[5] المنافع المقصود لا يختلف كل الاختلاف، فلذلك كان المطلوب فيها التماثل.

تنبيه: اختلفوا في تعيين القياس الذي (يقع به)[6] إلحاق المسكوت عنه بالمنطوق به في حديث عبادة فبعضهم جعله قياس شبه، وجعله بعضهم قياس المعنى[7] فألحق الزبيب بالتمر، لأنه في معناه، وهو قول القاضي **أبو بكر بن الطيب**، عول على قياس المعنى من حيث كان قياس الشبهة عنده ليس بحجة[8].

وإذا فرعنا على مذهب **مالك** رَحِمَهُ ٱللَّهُ وجب تحصيل الربوي من غير الربوي، ومعتمد مذهب **مالك** أن المطعومات على ثلاثة أقسام: قسم ربوي

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) في نسخة: «خق»: (ابن عبادة) والصواب ما أثبته من نسخة: «ش».
(3) في نسخة: «خق»: (تحصرها).
(4) في نسخة: «خق»: (شائعة).
(5) في نسخة: «خق»: (مع أنها متقابلة).
(6) في نسخة: «خق»: (وقع فيه).
(7) قياس المعنى: هو القياس الذي يستند إلى معنى يناسب الحكم المطلوب بنفسه، بحيث يثبت حكم في أصل، فيستنبط له المستنبط معنى، ويثبته بمسلك من المسالك، فيلحق كل مسكوت عنه وجد فيه ذلك المعنى بالمنصوص عليه. ينظر: البرهان في أصول الفقه 2/ 574، 565؛ قواطع الأدلة في الأصول للسمعاني، تحقيق محمد حسن محمد الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة أولى، سنة (1997م).
(8) بداية المجتهد 2/ 221.

بلا خلاف، وقسم ليس بربوي بلا خلاف، وقسم مختلف فيه، فالأول ما اجتمع فيه الأوصاف الثلاثة (وهو)[1] كونه مقتاتاً مدخراً متخذاً للعيش غالباً. والقسم الثاني: غير الربوي هو ما لم يحصل فيه واحد منهما كالخص والهندبا[2] والبقول.

والقسم المختلف فيه هو ما وجد فيه بعض الصفات دون بعض، والخلاف في ذلك خلاف (في)[3] شهادة، وتنحصر أصول ذلك في مسائل:

المسألة الأولى: (اختلفوا في البيض، والمشهور أنه ربوي[4]، وقال الشيخ ليس بربوي[5].

المسألة الثانية[6]: اختلفوا في التوابل هل هي ربوية أم لا؟ وفي المذهب فيها قولان[7]، وإذا قلنا إنها ربوية فهل هي من جنس واحد، أو أجناس مختلفة (قولان في المذهب)[8] والمختار أنها أجناس مختلفة لاختلاف منافعها وتباين الأغراض (فيها)[9]، ولأنها لا تتمازج في منبت ولا في محصد، قاله القاضي **أبو الوليد**[10].

المسألة الثالثة: اختلفوا في الفواكه كالتفاح والكمثرى[11] والمشمش

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) الهندبا: بكسر الدال بمد وبقصر، البقل. ينظر: مختار الصحاح ص292؛ لسان العرب 1/ 788، 782.
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) المقدمات 2/ 37.
(5) شرح التلقين للشاذلي 2/ 6/ ظ.
(6) ساقطة في نسخة: «خق».
(7) المعونة 2/ 959؛ المنتقى 6/ 190.
(8) في نسخة: «خق»: (فيه في المذهب قولان).
(9) ساقطة في نسخة: «خق».
(10) يقصد الباجي. ينظر: التاج والإكليل 4/ 354 وفيه: قال الباجي: الأظهر أنها أجناس لاختلاف منافعها.
(11) الكمثرى: معروف من الفواكه، واحده كمثراة مؤنث لا ينصرف، وتصغيرها: كميثرة وهو الذي تسميه العامة الإجاص. ينظر: مختار الصحاح ص247؛ لسان العرب 5/ 152.

(ونحوه هل هو ربوي أم لا؟ قولان)[1] في المذهب[2].

المسألة الرابعة: البلح وهو الرطب قبل طيبه[3] هل هو (علف، أم طعام ربوي، قولان)[4] عندنا والمشهور أنه ربوي[5].

المسألة الخامسة: ما لا يتمر من الرطب، ولا يتزبب من العنب قولان (والمشهور)[6] أنه ربوي.

المسألة السادسة: اختلفوا في اللبن المخيض، والمشهور أنه ربوي لأنه (قوت غالب)[7] الأعراب وقيل إنه ليس بربوي، واتفقوا على أن الحليب ربوي، لأنه فيه (سمن)[8]، والسمن، والإدام ربوي[9].

المسألة السابعة: (اختلفوا في الحلبة)[10] هل يجري فيها الربا أم لا؟ ثلاثة أقوال قيل إنها ربوية وقيل (إنها)[11] ليست بربوية، وقيل: اليابسة ربوية بخلاف الخضراء[12].

---

(1) في نسخة: «خق»: (ونحوها هل هي ربوية أم على قولين).

(2) المعونة 2/ 960؛ المنتقى 6/ 188.

(3) وله مراتب سبعة: طلع، فإغريض، فبلح، صغير، وهو المسمى بالنيني، فبلح كبير، وهو المسمى بالزهو، فبسر، فرطب، فتمر، ويجمعها قولك: طاب زبرت. ينظر: حاشية الدسوقي 3/ 51.

(4) في نسخة: «خق»: (طعام ربوي أم علف فيه قولان).

(5) قال النفراوي: أما البلح قبل أن يتتمر ففيه تفصيل، فالصغير الذي لا يؤكل علف يجوز بيعه ولو بالطعام لأجل، وأما البلح الكبير وهو الرامخ، أو البسر وهو الزهو، أو الرطب فيجوز بيع كل واحد منها مثله... ينظر: الفواكه الدواني 2/ 76.

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) في نسخة: «خق»: (غالب عدة).

(8) ساقطة في نسخة: «خق».

(9) المنتقى 6/ 336.

(10) في نسخة: «خق»: (الحليب).

(11) ساقطة في نسخة: «ش».

(12) قال الحطاب عند قول خليل: وحلبة وهل إن اخضرت تردد: اختلف في الحلبة هل هي طعام، وهو قول ابن القاسم في الموازية أو دواء، وهو قول ابن حبيب، أو الخضراء طعام، واليابسة دواء وهو قول أصبغ، ورأى بعض المتأخرين أن هذا القول =

المسألة الثامنة: اختلفوا في الماء العذب، وجمهور أهل العلم أنه ليس بربوي[1]، وقد استقرئ من قول **ابن نافع**: أنه ربوي لأنه مشروب متطعم، وبه قوام الأجسام، وربما كانت الحاجة إليه في بعض الأوقات أشد من الحاجة إلى الطعام، فإن أجرينا فيه الربا، فانظر: (هل يجوز)[2] بيع (دار بدار)[3] فيهما عينان تجريان. فيه نظر مبناه على الاتباع هل هي مقصودة أم لا؟ قولان ذكرهما الإمام.

أبو عبد الله، وإنما خصوا (العذب)[4] لأن المالح ليس بمشروب، وقد وقع في بعض الروايات أن الماء ربوي، وظاهره العموم، وقال بعض المتأخرين الرجوع في مثل هذه المسائل إلى العوائد، وحق المفتي أن يحيل عليها، وأن الخروج عن العادة في ذلك وهم.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**وكل (مسمى)[5] مما يحرم التفاضل فيه فإنه صنف[6] منفرد بنفسه لا يضم إليه سوى أنواعه إلا الحنطة والشعير والسلت فإنها صنف واحد، (واختلف قوله)[7] في القطنية**» قلت اتفق المتقدمون من أهل المذهب على أن القمح والشعير والسلت[8] صنف واحد[9] قال الإمام **أبو عبد الله** لا يختلف المذهب في ذلك[10]، ورأى الشيخ **أبو القاسم السيوري**

= تفسير، وأن المذهب على قول واحد... قال في التوضيح: والخلاف في الحلبة إنما هو هل هي طعام أو دواء لا في أنها ربوية. ينظر: مواهب الجليل 4/ 354.

(1) المعونة 2/ 963.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) في نسخة: «ش»: (دار بدار).

(4) في نسخة: «خق»: (الملح).

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) في نسخة: «ش»: زيادة (واحد).

(7) في نسخة: «خق»: (واختلف قول مالك) وفي نسخة: «ش»: (واختلف فيه قول مالك) وما أثبته من نسختي: «ق» و«غ».

(8) السلت: بالسين المهملة المضمومة، واللام الساكنة حب بين القمح والشعير لا قشر له. ينظر: الفواكه الدواني 2/ 76.

(9) المعونة 1/ 414، 2/ 961.

(10) الجواهر الثمينة 2/ 409.

ومن نصر قوله من المتأخرين[1] أن الشعير والقمح (صنفان)[2] وهو أصل مذهب **الشافعي**[3]، والمعتمد لنا من وجوه:

الأول: قوله ﷺ: **(الطعام بالطعام مثلاً بمثل)** واسم الطعام يشملها قاله القاضي **أبو محمد**[4].

الثاني: ما رواه مالك في موطئه أن سعد بن أبي وقاص علف حماره فقال لغلامه: خذ من حنطة أهلك، فابتع بها شعيراً (ولا تأخذ إلا مثلها[5])، وعن عبد الرحمٰن بن الأسود[6] ومعيقيب الدوسي[7] مثله[8]، وروى **مسلم**: **(أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال بعه واشتر به شعيراً فذهب الغلام وأخذ صاعاً وزيادة بعض صاع، فلما جاء معمر أخبره بذلك فقال لم فعلت ذلك انطلق فرده، ولا تأخذ إلا مثلاً بمثل)**[9]. ففي هذا دليل قاطع على أنهما جنس واحد.

واعتمدوا من طريق المعنى على أنها متقاربان في المنبت والمحصد

---

(1) كعبد الحميد الصائغ وابن عبد السلام. ينظر: الفواكه الدواني 2/ 76.

(2) في نسخة: «ش»: (جنسان).

(3) وبه قال أبو حنيفة. ينظر: مختصر الطحاوي ص76؛ مختصر المزني ص77، 48.

(4) المعونة 2/ 959.

(5) الموطأ، كتاب البيوع، باب بيع الطعام بالطعام لا فضل بينهما، حديث (1321) 2/ 645.

(6) عبد الرحمن بن الأسود بن وهب بن عبد مناف الزهري، ولد على عهد النبي ﷺ، ومات أبوه في ذلك الزمان، فلذلك عد في الصحابة، وقال العجلي: من كبار التابعين. ينظر: التمهيد 6/ 298؛ شرح الزرقاني على الموطأ 3/ 374.

(7) معيقيب بن أبي فاطمة الدوسي، حليف بني عبد شمس، من السابقين الأولين، هاجر الهجرتين وشهد المشاهد، وولي بيت المال لعمر، روى حديثين، عاش إلى خلافة عثمان، وقيل عاش إلى سنة أربعين. ينظر: سير أعلام النبلاء 2/ 491 ـ 493؛ شرح الزرقاني على الموطأ 3/ 375.

(8) الموطأ، كتاب البيوع، باب بيع الطعام لا فضل بينهما، حديثان (1321 ـ 1323) 2/ 645 ـ 646.

(9) صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، حديث (1592) 3/ 1214.

(والمقصود)[1] والاقتيات والرفاهة الحاصلة فالحنطة غير مقصودة قصداً شرعياً، وربما (ألحقت)[2] بالمكروهات، ولم يكن غالب قوت بالحجاز إلا الشعير فلتفت **مالك** إلى عوائدهم الغالبة، واعتمد **الشافعي** على (تقديرها)[3] في حديث عبادة بن الصامت، وذلك دليل على اختلاف أجناسهما لاختلاف أسمائها وصفاتها، واختلفوا هل (يلحق)[4] بالقمح والشعير والسلت العلس[5] وهو الأشقالية أم لا؟ قولان في المذهب [7/و] أنه ير ملحق بها، وألحقه **ابن حبيب**، وكذلك الأرز والذرة والدخن ألحقها **ابن وهب** بالسلت والشعير الحنطة، والمشهور من المذهب خلافه، وقد بينا أن ذلك اختلاف في شهادة. وإذا فرعنا على أن هذا غير ملحق، فهل يكون أجناساً مختلفة أو جنساً واحداً (قولان في المذهب المشهور أنه أجناس مختلفة، وقيل إنها جنس واحد حكاه القاضي **أبو الوليد** رواية[6]، وحكى القاضي الخلاف في القطاني هل هي جنس واحد أو أجناس مختلفة)[7] وفي المذهب فيه ثلاثة أقوال[8] فقيل: إنه جنس واحد وقيل: أجناس مختلفة، وقيل: إنه جنس واحد في الزكاة احتياطاً، ومختلفة في البيوع. واختلفوا في أجناس (القطنية)[9] هل هي جنس واحد أو أجناس مختلفة، وذلك مع تسليم كون أصولها واحدة.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**واللحوم ثلاثة أصناف**»: قلت: اختلف الناس في اللحوم على ثلاثة مذاهب، فقال **أبو حنيفة**: هي أجناس مختلفة والتفاضل فيها

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) في نسخة: «ش»: (التحقت).
(3) في نسخة: «ش»: (تقديمها).
(4) في نسخة: «ش»: (يلتحق).
(5) العلس: بفتحتين ضرب من الحنطة يكون في القشرة منه حبتان، وقد تكون واحدة أو ثلاث، وقال بعضهم: هو حبة سوداء تؤكل في الجدب، وقيل: هو مثل البر، إلا أنه عسر الاستنقاء وقيل هو العدس. ينظر: المصباح المنير 2/ 425.
(6) المنتقى 6/ 320؛ بداية المجتهد 2/ 227.
(7) ساقطة في نسخة: «خق».
(8) التفريع 2/ 126؛ المعونة 1/ 413؛ المنتقى 6/ 320؛ بداية المجتهد 2/ 227.
(9) في نسخة: «خق»: (القطاني).

جائز إلا في الجنس الواحد منها فقط[1]، وقال **الشافعي** هي جنس واحد[2]، وجعلها **مالك** ثلاثة أجناس، فلحم ذوات الأربع جنس، ولحم الطير كله جنس، وقد روى عنه أن الجراد صنف رابع[3]، قال الإمام **أبو عبد الله**: والمعروف من المذهب أن بيع بعضه ببعض متفاضلاً جائز[4]، وذكر **ابن حارث** عن **سحنون** أن التفاضل فيه ممتنع، لأنه مما يدخر وييبس، واعتمد **مالك** على أن (هذه الأشياء أجناس مختلفة فلحم كل جنس تابع)[5] لجنسه، وعول **الشافعي** على اتفاق الاسم، والمنفعة المقصودة غالباً مع (عموم)[6] قوله ﷺ: **(الطعام بالطعام مثلاً بمثل يداً بيد)**.

قوله: «وما غيرته الصنعة من المأكول صار (كجنس آخر)»[7] يريد أن اختلاف المنافع والصنائع المقصودة تصير جنس الواحد جنسين، والضابط أن الصنعة إن كثرت جداً، وأخرجت المصنوع (عن أصله)[8] فهي معتبرة، وإن قلت فهي غير معتبرة، والجمهور أن طحن الحبوب وعجنها (بعد الطحن)[9] لا يخرجها عن (أصلها)[10] لقلة الصنعة في ذلك، فإن اختبزت الحنطة أو أقليت فهل يكون ذلك صنعة أم لا؟ (قولان)[11] المشهور أن الخبز والقلي صنعة[12]،

(1) مختصر الطحاوي ص76؛ مختصر القدوري 2/ 41؛ الهداية 3/ 72؛ وبه قال الحنابلة. ينظر: المغني 4/ 142؛ الإنصاف 5/ 18.
(2) الأم 3/ 24؛ روضة الطالبين 3/ 394، أما القول الأظهر عندهم أنها أصناف مختلفة. ينظر: روضة الطالبين 3/ 394؛ مغني المحتاج 2/ 24.
(3) التفريع 2/ 126 ـ 127؛ الرسالة ص211؛ المعونة 2/ 962؛ عيون المجالس 3/ 1443؛ المنتقى 6/ 368؛ بداية المجتهد 2/ 228.
(4) الجواهر الثمينة 2/ 408. وبه قال أشهب. ينظر: شرح التلقين للشاذلي 2/ 3/ ظ.
(5) في نسخة: «خق»: (الحيوان أجناس مختلفة فلحمه تابعة).
(6) ساقطة في نسخة: «ش».
(7) في نسخة: «ش»: (كالجنس الآخر).
(8) ساقطة في نسخة: «خق».
(9) ساقطة في نسخة: «ش».
(10) في نسخة: «ش»: (أصولها).
(11) في نسخة: «خق»: (فيه قولان في المذهب).
(12) المنتقى 6/ 323؛ بداية المجتهد 2/ 230.

واختلف المتأخرون هل يجوز بيع الخل بالزبيب، والثمر بالعنب والمشهور جواز ذلك بناء على أن الصنعة فيه ناقلة، ومنعه **أبو زيد** في الثمانية، ورأى أنه من باب المزابنة[1]، إذ ليس فيه إلا تفريق الأجزاء [فهو][2] يشبه الطحن. وجعل القاضي الخبز والطبخ (والتخليل)[3] (صنعة)[4]، ويريد الطبخ بالإبزار، وأما السلق (بالماء)[5] وحده، فهل هو صنعة أم لا؟ فيه قولان، المشهور أنه ليس بصنعة[6]، والتجفيف بالشمس، أو بالنار لا يعد صنعة ناقلة.

فرع: إذا قلنا إن طبخ اللحم صنعة فهل المعتبر الطبخ فقط، أو اللحم والمرق فيه قولان في المذهب[7] مبنيان على اختلاف في شهادة، وبناه الإمام **أبو عبد الله** على الاتباع هل هي مقصودة أو ملغاة.

فرع: اختلف المذهب في بيع الدقيق بالحنطة مثلاً بمثل. وفي المذهب فيه ثلاثة أقوال[8]: الجواز مطلقاً. والثاني المنع مطلقاً، لأن القمح يختلف ريعه، والثالث جوازه وزنا لتحقيق المماثلة لا كيلاً فروى عن **مالك** جواز القمح بالدقيق في اليسير بين الجيران لضرورة، وكذلك اختلف قوله في العجين بالعجين والخبز بالخبز مثماثلاً فيه قولان عن **مالك**، المشهور جوازه مثماثلاً لحصول المساواة، والشاذ منعه[9] لاختلاف العجين في التعجين بالماء، وهو من باب اعتبار الربا المتوهم، وفيه خلاف، وعبارة شيوخنا في ذلك الجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل.

---

(1) المنتقى 6/ ظ32 ـ 324.
(2) زيادة اقتضاها السياق.
(3) في نسخة: «خق»: (السلق).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) النوادر 6/ 21.
(7) الجواهر الثمينة 2/ 418.
(8) التفريع 2/ 128؛ الكافي ص213؛ المعونة 2/ 967؛ المنتقى 6/ 326؛ بداية المجتهد 2/ 229.
(9) وبه قال عبد الملك. ينظر: المعونة 2/ 964.

فرع: في الجاف بالجاف، والمشهور جوازه[1]، وقال **ابن حبيب**: لا خير في القديد بالقديد لاختلاف اليبس، وكذلك المبلول بالمبلول لاختلافه[2].

فرع: اختلفوا في مد قمح ومد دقيق بمد قمح ومد دقيق، أو في مد قمح ومد شعير بمد قمح ومد شعير، والمشهور المنع، وأجازه **محمد** إذا تبين الفضل[3]، وذكر القاضي في صورة التفاضل المعنوي أن يبيع صاعاً معقلياً[4] وصاعاً دقل[5] بصاعي برني[6] فالتفاضل بينهما حاصل في المعنى لاختلاف المعنى[7] وهو ممتنع محققاً سواء كان ربا أو متوهماً، لأن قاعدة المذهب أن توهم الربا كتحققه.

قال القاضي «**فأما النَّساء فهو على ضربين**»:

شرح: قد ذكرنا أن النساء محرم في المطعومات، وفي النقدين مع (التماثل)[8] والتفاضل وأما في غير المطعومات وغير النقدين فتحريم النسيئة في ذلك مع التفاضل (في الجنس الواحد)[9] مثل أن يبيعه ثوباً بثوبين إلى شهر، فذلك سلف بزيادة، وإن باعه كثيراً بقليل فهو ضمان بجعل، (وأصل مذهب **ملك** رحمه الله سد الذرائع)[10][11] وحمل الناس على التهمة، واعتبار ما

---

(1) المعونة 2/ 967.

(2) حاشية الدسوقي 3/ 52.

(3) المنتقى 6/ 337.

(4) المعقلي: نوع من الرطب. ينظر: الصحاح للجوهري 5/ 1769.

(5) الدقل: أردأ التمر. ينظر: المعجم الوسيط 1/ 290.

(6) البرني: نوع جيد من الثمر مدور أحمر مشرب بصفرة. ينظر: المعجم الوسيط 1/ 52.

(7) يعني أن المعقلي والدقل والبرني كلها من أنواع التمر إلا أن بعضها جيد وهو المعقلي، وبعضها رديء وهو الدقل، والبرني متوسط بينهما، فالجائز منها بيع كل بمثله بشرط المماثلة والمناجزة. ينظر: بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي 2/ 27.

(8) في نسخة: «خق»: (المماثلة).

(9) ساقطة في نسخة: «خق».

(10) في نسخة: «خق»: (وأصل المذهب سد الذريعة).

(11) الذريعة: هي المسألة التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى فعل المحظور. ينظر: إرشاد الفحول ص411.

يدخل اليد، وما يخرج منها، ولذلك ينظر إلى (أفعال)[1] المتعاقدين، وما يخرج من أقوالهما لا إلى نفس الأقوال، وخالف **الشافعي** في هذه القاعدة[2]، (ودلائل)[3] المذهب معلومة مبناها على اتهام الناس، والاحتياط للدين.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**فضل والمزابنة**»: قلت اشتقاق المزابنة من الزبن [7/ظ] وهو الدفع[4]، لأن كل واحد من المتبايعين يريد مدافعة صاحبه ومغابنته، وهي جارية في الربويات وغيرها من الجنس الواحد، ويجمعها بيع معلوم بمجهول، (أو مجهول بمعلوم، أو مجهول بمجهول)[5] من جنسه، فإن كان المبيع من جنس الربويات كان فيه الربا والمزابنة، وإن كان من غير الربويات كانت فيه المزابنة فقط لاحتمال أن يكون أحدهما أكثر من الآخر، وذلك كاف في التحريم، فإن تحققت الزيادة، (وتبين التفاضل)[6] في غير الربويات جاز، وخرج بتحقيق الزيادة عن باب المزابنة، وأجاز بيع الرطب بالرطب مع (اختلاف)[7] الرطوبة، وقد ذكرنا الخلاف فيه، وأصل المذهب أن التساوي فيما يطلب فيه شرعاً، التساوي مطلوب في الحال والمآل، ولذلك قلنا إن ما تقع فيه المعاوضة إما أن يكونا رطبين أو يابسين أو أحدهما رطباً والآخر يابساً، فإن كانا رطبين فلا يخلو أن تكون الرطوبة هي غاية طيبها أم بعدها غاية أخرى فإن كانت (تلك)[8] الرطوبة هي الغاية فلا خلاف (في المذهب)[9] في

---

(1) في نسخة: «ش»: (أفعالهما يعني).
(2) الأم 3/ 14، 17؛ مختصر المزني ص76؛ الإقناع ص94 ـ 95.
(3) في نسخة: «خق»: (وقال به).
(4) المزابنة لغة: دفع الشيء عن الشيء ومنه زبنت الناقة إذا ضربت بثفنات رجليها عند الحلب. وفي الشرع هو: بيع معلوم بمجهول، أو مجهول بمجهول من جنسه، والمزابنة عندنا لا تختص بالربوي. ينظر: مختار الصحاح ص113؛ لسان العرب 13/ 194؛ غرر المقالة ص220؛ شرح الزرقاني على الموطأ 3/ 345.
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) في نسخة: «خق»: (وبين الفضل).
(7) في نسخة: «خق»: (احتمال).
(8) ساقطة في نسخة: «ش».
(9) ساقطة في نسخة: «خق».

جواز ذلك مثلاً بمثل لأن التساوي المطلوب حاصل كالزيتون بالزيتون، (والملح بالملح)[1]، وإن كانت بعدها غاية أخرى، ففي المذهب فيه قولان أجازه **مالك**، ومنعه **عبد الملك**، وذلك كالرطب بالرطب والعجين بالعجين، وإن كانا يابسين جاز متساوياً (وإن كان ربوياً)[2] أو مطلقاً إن كان غير ربوي يداً بيد وإن كان أحدهما رطباً والآخر يابساً فهو الذي نص عليه الرسول ﷺ، واعتبر فيه المآل فقال ﷺ: **(وقد سئل عن (بيع)[3] الرطب بالتمر (قال)[4] أينقص الرطب إذا جف قالوا نعم قال فلا إذن)**[5] وهذه أول مسألة سئل عنها **أبو حنيفة** حين دخل بغداد[6]، وأخطأ النص وعدل إلى القياس، وقال: إن كانا جنسين جاز متفاضلاً أو متساوياً، وإن كان جنساً واحداً جاز التساوي في الحال، وغفل عن اعتبار المآل، وخالفه في ذلك صاحباه[7]، وهذا الحكم عندنا جار في كل رطب بيابس من جنسه، وأجاز القاضي اللبن باللبن إذا كانا حليباً أو مخيضاً، وأما الحليب بالمخيض أو المخيض بالحليب فلا يجوز، لأن ذلك داخل في باب المزابنة.

فرع: إذا وجب اعتبار المماثلة وفقد المكيال والميزان رجع إلى التحري، وجرى مجرى الكيل والوزن. واختلفوا في فروع:

---

(1) في نسخة: «خق»: (اللحم باللحم).

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) ساقطة في نسخة: «ش».

(5) حديث: **(سئل عن بيع الرطب بالتمر...)**: سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في التمر بالتمر، حديث (3359) 3/ 251؛ سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة، حديث (1225) 3/ 5281؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب اشتراء التمر بالرطب، حديث (4545) 7/ 268؛ موطأ مالك، كتاب البيوع، باب ما يكره من بيع التمر، حديث (1293) 2/ 624.

(6) البحر الرائق 6/ 144 وفيه: ... هكذا استدل الإمام الأعظم حين اجتمع عليه علماء بغداد، وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر، وأجاب عن حديثهم بأن مداره على زيد بن عياش، وهو ممن لا يقبل حديثه، وفي الهداية: وهو ضعيف عند النقلة بالإجماع....

(7) المبسوط للسرخسي 12/ 185.

الأول: إذ أجزنا التحري (في اللحم)[1] فهل يتحرى اللحم نقياً من العظم ويقدر قدره بعد (زوال)[2] العظم منه أو لا يلتفت إلى العظم، ولا يعتبر قولان في المذهب والمشهور نفي الالتفات إليه، لأنه موجود في أصل الخلقة، وبه قوام اللحم فأشبه النوى، **والقول الثاني**: أنه يزال فيتحرى اللحم دونه حكاه الشيخ **أبو إسحاق**، وكذلك اختلفوا في قشر البيض هل يعطى حكم العدم فلا يدخل في التحري ويراعى ويقدر إسقاطه قولان أيضاً، وهذا بناء على أن البيض ربوي، وعلى جواز بيع بعضه ببعض تحرياً، وقد ذكرنا الخلاف فيهما.

فرع: اختلفوا في الجلد هل يعتبر نزعه إذا تحرينا لحم الشاة المذبوحة بمثلها أم لا؟ قولان:

أحدهما: أن الجلد ساقط غير معتبر كالقشر، وقيل: إنه معتبر، وفي المذهب (قول آخر)[3] أنه لا يجوز التحري في الشاتين المذبوحتين حتى يستثنى (. . .)[4] كل واحد منهما جلده بنفسه، لأنه سلعة ولحم بسلعة ولحم، فصار كذهب وسلعة بذهب وسلعة، والمذهب منعه.

فرع: إذا أجزنا (الخبز)[5] بالخبز تحرياً فهل يتحرى الدقيق أو رطوبة الخبز ويبوسته في المذهب قولان، ورواية المتقدمين تحري الدقيق، ورأى القاضي **أبو الوليد** أنه إنما يتحرى الخبز في نفسه كالدقيق[6].

قال القاضي رحمه الله: **«فصل الأعيان المبيعة ضربان طعام وغير طعام»**:

شرح: تكلم في هذا الفصل على بيع الطعام قبل قبضه، وقد ثبت عن

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) في نسخة: «خق»: (نزوع).
(3) في نسخة: «خق»: (قولان آخران أحدهما).
(4) في نسخة: «ش»: زيادة (جلد).
(5) في نسخة: «خق»: (البر).
(6) الجواهر الثمينة 2/ 404.

النبي ﷺ النهي عن ذلك وأرخص في الإقالة[1] والشركة[2] والتولية[3][4][5].

وثبت عنه ﷺ **أنه نهى عن بيع ما لم يقبض، وربح ما لم يضمن**[6] وقد اختلف العلماء في تفسير نهيه ﷺ عن ربح ما لم يضمن، فروى **محمد بن المواز** عن **مالك**، وأكثر أهل المدينة أنه مخصوص بالطعام المشترى كيلاً[7] لا جزءاً لأن

---

(1) الإقالة لغة: الفسخ، يقال تقابل البيعان إذا تفاسخا، وفي الشرع حدها ابن عرفة بأنها ترك المبيع لبائعه بثمنه. ينظر: لسان العرب 11/ 580؛ شرح حدود ابن عرفة 2/ 379.

(2) الشركة: هي عقد يقتضي ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على الشيوع، أو هي على حسب حد ابن عرفة: جعل مشتر قدراً لغيره باختياره مما اشتراه لنفسه بمنابه من الثمن. ينظر: حدود ابن عرفة 2/ 381؛ القاموس الفقهي ص389.

(3) التولية: هي نقل جميع المبيع إلى المولى بمثل الثمن المثلي، أو قيمة المتقوم بلفظ: وليتك أو ما اشتق منه، كأن يقول شخص لآخر ولني ما اشتريت من الطعام بما اشتريته فيفعل، وعرفه ابن عرفة بأنه: تصيير مشتر ما اشتراه لغير بائعه بثمنه. ينظر: حدود ابن عرفة 2/ 381؛ الشرح الصغير 3/ 164؛ القاموس الفقهي ص389.

(4) حديث نهى عن بيع الطعام قبل قبضه... أخرجه الشيخان من غير: «وأرخص في الإقالة والشركة»، وهذه الزيادة الواردة في هذا الحديث ذكرها مالك في المدونة عن سعيد بن المسيب، وباقي رجال السند ثقات إلا أنه مرسل. ينظر: تخريج أحاديث المدونة للدكتور الدردير 3/ 1094؛ صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك، حديث (2028) 2/ 751؛ صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، حديث (1525) 3/ 1160.

(5) هذه الثلاثة مستثناة من أصل غير جائز، وهو بيع الطعام قبل قبضه، ورخص فيها، وإن كانت بيوعاً، توسعة لما فيها من المعروف بين الناس، وقيس عليها القرض، لأنه أدخل في باب المعروف وأبعد عن البيع. وقال ابن ناجي: ما ذكره في الشركة قال في المدونة: أجمع العلماء في ذلك، وروى أبو الفرج منعها، حكاه ابن زرقون... ما ذكره في التولية متفق عليه، ومنعها أبو حنيفة والشافعي، ووافقنا على جواز الإقالة. ينظر: البديع 2/ 62/ ظ؛ شرح الجلاب ق 114/ و.

(6) حديث: **(نهى عن بيع ما لم يقبض، وربح ما لم يضمن)**: سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث (1234) 3/ 535؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب شرطان في بيع وهو أن يقول أبيعك هذه السلعة إلى شهر بكذا وإلى شهرين بكذا، حديث (46ظ0) 7/ 295؛ سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن، حديث (2188) 2/ 737.

(7) النوادر 6/ 31.

الجزاف يدخل)[1] في ضمان المشتري بنفس التسليم والقبول. وقال جمهور أهل المذهب إنه عام في الطعام وغيره. (وصورة ربح ما لم يضمن)[2] أن يبيع الرجل ملك غيره بغير إذنه، ثم يشتريه البائع من مالكه الأول بدون ما باعه به، وذلك ممنوع، لأنه من ربح ما لم يضمن.

واتفق **مالك**، وأكثر أصحابه على أن القبض مشترط في الطعام فقط، فلا يباع (الطعام)[3] قبل قبضه، ويباع ما عداه قبل القبض[4]، وقال **عبد العزيز بن أبي سلمة، وعبد الملك بن حبيب** القبض شرط في جواز كل مكيل أو موزون، لأن فيه حق التوفية كالطعام[5] وسوى القاضي (بين)[6] ما ينقل وما لا ينقل في جواز بيع ذلك قبل قبضه[7] تنبيهاً على مذهب أبي حنيفة لأنه اشترط القبض في كل مبيع سوى العقار فقط[8]، وقول القاضي: «ما لم يعرض فيه (مانع)[9]» فيه إشكال. (وقراءته)[10] غير مرتبة فذكرت فيه أنه إشارة إلى أصل المذهب في حماية الذرائع، وذلك فيما إذا اشترى سلعة فلا يجوز له أن يبيعها من بائعها قبل قبضها بأكثر من ثمنها خيفة من أن تصير السلعة [8/ و] محللة (وكأنها لغو، يدفع)[11] في المعنى)[12] عشرة في خمسة عشر وهو محرم، لأنه ربح في السلف، فمنع بيع ما عدا الطعام في هذه الصورة قبل

---

(1) في نسخة: «خق»: (فأدخل).
(2) في نسخة: «خق»: (وصورته).
(3) ساقطة في نسخة: «ش».
(4) التفريع 2/ 131 ـ 132؛ المعونة 2/ 929؛ البداية 2/ 237 ـ 238.
(5) النوادر 6/ 31؛ بداية المجتهد 2/ 239.
(6) ساقطة في نسخة: «خق».
(7) المعونة 2/ 972؛ عيون المجالس 3/ 1559.
(8) مختصر الطحاوي 79؛ مختصر القدوري 2/ 34؛ شرح فتح القدير 6/ 135 ـ 136؛ الهداية 3/ 65.
(9) في نسختي: «ق» و«غ»: (ما يمنع منه).
(10) في نسخة: «خق»: (وأقواله).
(11) ساقطة في نسخة: «خق».
(12) في شرح التلقين للشاذلي: (فوقع في المعنى أنه دفع) 2/ 7/ و.

قبضه لعارض وهو قصد الربا (أو توهمه)[1]، وكذلك إذا بيع (ذلك)[2] قبل قبضه بأي وجه من وجوه الربا كالدين بالدين، أو البيع والسلف فيمنع في غير الطعام لعارض، وكذلك إن عرض في الطعام نحو ذلك، فيحرم لعلتين، إذ الحكم الشرعي قد يكون معللاً بعلل كثيرة، وإنما قصر **مالك** الحكم على الطعام فقط لأنه المنصوص عليه في الحديث. فدل على أن ما عداه بخلافه، وإذا قلنا إن المنع مقصور على جنس الطعام فهل هو عام في جنسه، أو مخصوص بالربوي دون ما عداه في المذهب قولان أحدهما أنه عام في الربوي وغير الربوي، وروى **ابن وهب وابن نافع** عن مالك أنه مخصوص بالربوي فقط، والأول أصح تمسكاً بمقتضى (عموم)[3] لفظ الطعام[4] إلا أن يثبت التخصيص بدليل، وإذا قلنا إنه مخصوص بالأطعمة (كلها)[5] فهل ما كان من الأدوية والعقاقير (داخل)[6] في ذلك أم لا؟ وقد اختلفت الرواية في الكزبور (والكروياء)[7] والفلفل وما في معناهما من التوابل هل يلتحق بالطعام أو بالأدوية قولان في المذهب، ففي المدونة إلحاق ذلك بالأطعمة[8]، وفي مختصر **ابن شعبان** إلحاقه (بالعقاقير)[9] والأدوية[10]، وكذلك اختلفوا في الحبة الحلوة والحلبة، **فابن القاسم** ألحقها بالأطعمة، وألحقها أصبغ، ومحمد بالأدوية[11]، قال **سحنون**

(1) في نسخة: «خق»: (وتوهيمه).
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) ساقطة في نسخة: «ش».
(4) قال في المعونة 2/ 969: فكل أنواع الطعام داخلة في المنع من الإدام والقوت والفواكه مما يدخر، وما لا يدخر ما فيه الربا وما لا ربا فيه، وكذلك الأشربة، وذكر ابن وهب عن مالك أن ما لا ربا فيه يجوز بيعه قبل قبضه لأنه أخفض رتبة من المقتات بدليل إباحة التفاضل فيه، وسقوط الزكاة منه والأول أصح للعموم. . . .
(5) ساقطة في نسخة: «ش».
(6) في نسخة: «ش»: (غير داخل).
(7) ساقطة في نسخة: «خق».
(8) المدونة 9/ 86.
(9) مواهب الجليل 4/ 354.
(10) مواهب الجليل 4/ 354.
(11) **قال مالك** في الحلبة **ليست بطعام**، وإنما هي من الأدوية، فتباع قبل أن يستوفي =

وأجمعوا كلهم على أن الزعفران ليس بطعام[1]، والخردل طعام وهذا فيه نظر.

فرع: إذا قلنا إن القبض شرط في بيع الطعام فقط فهو جار فيما فيه (حق التوفية)[2] وأما الجزاف[3] فاختلفوا في جواز بيعه قبل قبضه، فأجازه **مالك والأوزاعي**[4] لأنه داخل في ضمان المشتري بنفس العقد بخلاف ما فيه (حق)[5] توفية، ومنع ذلك **أبو حنيفة والشافعي**[6] لعموم نهيه ﷺ عن بيعه قبل قبضه، (ومبنى)[7] الخلاف على تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة.

قوله: «إلا أن يكون على غير وجه المعاوضة» قلت الطعام إما أن يثبت من معاوضة أو من غير معاوضة، أو متردد بينهما، والمعاوضة تنقسم على ثلاثة أقسام:

الأول: معاوضة يقصد فيها المغابنة والمكايسة كالبيع والإجارة والمهور والصلح، والمال المضمون بالتعدي والخلع ونحو ذلك، فلا خلاف في المذهب أن هذا النوع لا يباع قبل قبضه.

والثاني: المعاوضة متخصصة للمكارمة والرفق كالقرض والبدل فلا خلاف في المذهب في جواز بيع هذا الطعام قبل قبضه، واختلفوا فيما

= ويباع منها اثنان بواحد يداً بيد، وتباع بالقمح إلى أجل، وقال ابن القاسم: هي طعام، ولم يتكلم هل هي ربوبية والأظهر أنه يجوز التفاضل فيها، وقال أصبغ: للخضراء حكم الأطعمة، ولليابسة حكم الأدوية... ينظر: التاج والإكليل 4/ 353.

(1) التاج والإكليل 4/ 354.

(2) في نسخة: «ش»: (توفية).

(3) الجزاف: مثلث الجيم فارسي معرب هو بيع الشيء الذي لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده، وحده ابن عرفة بأنه: بيع ما يمكن علم قدره دونه. ينظر: المصباح المنير 1/ 99؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 1/ 334؛ كفاية الطالب 2/ 191؛ حاشية الدسوقي 3/ 20.

(4) ساقطة في نسخة: «ش».

(5) التفريع 2/ 132؛ المعونة 2/ 972؛ عيون المجالس 3/ 1459؛ المنتقى 6/ 330؛ البداية 2/ 241.

(6) مختصر الطحاوي ص79؛ مختصر المزني ص82، وبه قال الحنابلة. ينظر: المغني 4/ 115؛ الإنصاف 5/ 461.

(7) في نسخة: «خق»: (يصلح).

(يصح)[1] فيه كلا الوجهين كالشركة، والإقالة، والتولية، فأصل المذهب جواز الإقالة»[2] من الطعام قبل قبضه (لما ثبت)[3] من (مراسيل)[4] **ابن المسيب أنه ﷺ: (نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص في الشركة والإقالة والتولية)** وذلك لأنها جارية مجرى المعروف، وخارجة عن باب المكايسة إلى باب (المعروف)[5] والمكارمة. وقد اختلف المذهب في الإقالة هل هي حل للبيع أو ابتداء البيع، والأول أصح[6]، (وأما الإقالة في الطعام مما)[7] ثبت من غير معاوضة كالهبة والصدقة والميراث، ولا خلاف في المذهب في جواز بيعه قبل قبضه لخروجه عن مورد النص، وأما ما ثبت للأجناد في بيت المال من الطعام فهل يجوز لهم بيعه قبل قبضه (لأنه)[8] كالهبة أو يمنع ذلك تغليباً لحكم المعاوضة لأنهم إنما يستحقونه عوضاً عن خروجهم للغزو وذبهم عن المسلمين قولان فيه في المذهب.

فرع: إذا ملك طعاماً بهبة، أو صدقة جاز بيعه قبل قبضه كما ذكرناه، فإن ابتاع طعاماً (قبل قبضه)[9] جاز له أن يهبه قبل قبضه، ولا يجوز لمن صار

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) ساقطة في نسخة: «ش».
(4) في نسخة: «خق»: (مرسل).
(5) ساقطة في نسخة: «ش».
(6) الإشراف للقاضي عبد الوهاب 1/ 182؛ عيون المجالس 3/ 1515؛ وذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أنها فسخ لا بيع، وقال أبو يوسف هي قبل القبض فسخ وبعده بيع إلا في العقار فإنها قبل القبض وبعده بيع، وقال محمد هي فسخ إذا كان بجنس الثمن الأول، وإن كان بجنس آخر هي بيع، وقال الشافعي والحنابلة هي فسخ، ثم اختلف أصحابه في ذلك... ينظر: مختصر الطحاوي ص79؛ الهداية 3/ 61؛ شرح فتح القدير 6/ 115؛ روضة الطالبين 3/ 495؛ تكملة المجموع 13/ 160؛ الأشباه والنظائر للسيوطي ص239؛ تحقيق عبد الكريم الفضيلي المكتبة العصرية، بيروت، طبعة أولى سنة (1421هـ - 2001م)؛ المغني 4/ 343؛ الإنصاف 4/ 475.
(7) في نسخة: «خق»: (وأما ما).
(8) ساقطة في نسخة: «خق».
(9) ساقطة في نسخة: «ش».

إليه أن يبيعه (قبل قبضه)[1] لأنه قائم مقام الواهب.

فرع: إذا قلنا بجواز الإقالة من الطعام، وكان رأس المال عيناً مما يقضي فيه بالمثل فهل تجوز الإقالة فيه على مثل رأس المال لا على عينه، منعه **ابن القاسم** لاحتمال خروجه عن باب المعروف إلى باب المعاوضة برد المثل، ورأى أن حقيقة الإقالة رد الأعيان نفسها وأجازه **أشهب**[2] لأن المثل كالعين، ومبنى المسألة على الدنانير والدراهم هل تتعين أم لا؟.

فرع: إذا اشترى طعاماً فأشرك فيه قبل قبضه أو ولاه ففي المذهب في ذلك قولان الظاهر الجواز كالإقالة، لأن مورد النص عدل بدليلها والشاذ اختصاص الجواز بالإقالة فقط دون الشركة والتولية، وهو ضعيف بالنظر إلى مقتضى الدليل اللفظي.

فرع: إذا أشرك في البعض، أو أقال في البعض لم يجز، لأن التبعيض يخرجه عن حقيقة باب المعروف ولو قبض بعضه وبقي بعضه جاز تولية ما قبض (والشركة)[3] فيه دون من لم يقبض، لِأن قصد المعروف في ذلك ظاهر، فإن أشرك فيما قبض، وفيما لم يقبض لم يجز لخروجه عن باب المعروف إلى باب المكايسة، وفي ذلك خلاف في المذهب.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«وكل مبيع هلك قبل قبضه فهو من المشتري إن كان متعيناً متميزاً»**: إلى آخر الفصل.

شرح: أصل المذهب أن العقد على الحاضر ينقل الضمان فيه[4] إذا لم يكن في المبيع حق توفية[5]. وحكم العهدة غير ناقض لهذه القضية الكلية لأنه خارج عن القياس[6] فهل يشترط فيه التمكين (وأن يمضي زمان يمكن التسليم

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) النوادر 6/ 46.
(3) في نسخة: «خق»: (الشرك).
(4) بخلاف الغائب فلا يدخل في ضمان المشتري بالعقد الصحيح اللازم بل بالقبض.
(5) في نسخة: «خق»: (وعن حضر، ومن يكن فيه التسليم والقبض لم يكتفا).
(6) أصل المذهب أن المبيع على العهدة لا يدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد، بل يتوقف دخوله في ضمانه على انقضاء العهدة. ينظر: حاشية الدسوقي 3/ 146.

فيه، أو يكتفى)[1] بلفظ التعاقد والإيجاب قولان في المذهب [8/ظ] ونصوص المتقدمين أن العقد في ذلك كاف في نقل الضمان، وأما الجزاف يباع على الكيل فلا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض[2]، واختلف (المذهب)[3] في (المكيال والميزان)[4] يهرق بنفس امتلائه هل يكون من البائع، أو من المشتري قولان.

قوله: «وبيع الطعام وسائر المكيلات جزافا»: قلت الضابط: (فيما يجوز)[5] بيعه جزافاً، إن كل ما (يكون)[6] المقصود منه جملة لا آحاد أعيانه جاز بيعه جزافاً، وكل ما يكون المقصود آحاد أعيانه، فلا يجوز بيعه جزافاً، وتفصيل ذلك أن المكيلات والموزونات يجوز بيعها جزافاً. وأما المعدودات، فإن قلت أثمانها جاز بيعها جزافاً، وإن كثرت أثمانها، واختلفت آحادها اختلافاً كثيراً كالجواهر والثياب، لم يجز بيعها جزافاً، وأما العين فهل تباع جزافاً أم لا؟ فيها تفصيل إما أن تكون مصوغة، أو مسكوكة، (فإن كانت مصوغة)[7]، فانظر هل المقصود آحادها، أو جملتها، وذلك إحالة على شهادة وإن كانت مسكوكة فلا يخلو أن يكون التعامل فيها وزنا، أو عدداً، فإن كان التعامل فيها عدداً ففي جواز بيعها جزافاً قولان في المذهب التحريم، وهو المشهور، وحكى القاضي **أبو الحسن** فيه الكراهة[8] لقلة الغرر، وتماثل الآحاد، وإن كان التعامل فيها وزناً فيها يجوز بيعها جزافاً أم لا؟ قولان في المذهب: الجواز، والمنع، واختلفوا هل منع كراهة، أو تحريم[9].

---

(1) في نسخة: «خق».
(2) قاعدة المذهب أنه إذا تلف المبيع بعد عقد البيع مما يكون فيه حق توفية كالمكيل والموزون، قبل قبضه فضمانه غلة البائع، وأما إن كان مما لا توفية فيه كالجزاف فضمانه على المشتري.
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) في نسخة: «خق»: (المكيل والموزون).
(5) في نسخة: «خق»: (في جوازه).
(6) في نسخة: «خق»: (ليس) كذا والصواب ما أثبته من نسخة: «ش».
(7) ساقطة في نسخة: «خق».
(8) التبصرة للخمي 3/ 130/ ظ، مخطوط نسخة: «خق» رقم المكروفيلم (242).
(9) التاج والإكليل 4/ 338.

قوله: «ومن شرط جواز (بيع الجزاف)[1] تساوي المتعاقدين في الجهل بمقداره»: قلت: وهذا كما ذكره لأنه إذا علم أحدهما مقداره (غلب القمار)[2] والمخاطرة، وقد اختلف المذهب في (هذا الأصل)[3]، وهو علم أحد (المتعاقدين هل يؤثر في فساده أم لا؟[4] ويجوز بيعه على تصديق البائع نقداً، ومنعه في بيع النسيئة خوفاً من تطرق الربا إليه لاحتمال أن يجد)[5] نقصاً في الكيل فيتركه رجاء الصبر عليه، فيكون (مرة)[6] عليه سلفاً جر منفعته.

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **«بيع الثمار بعد بدو الصلاح جائز مطلقاً»**.

شرح: بيع الثمار إما أن يكون قبل بدو الصلاح، أو بعده، فإن كان بعده فلا خلاف في جوازه مطلقاً، وإن كان قبله فلا يخلو من ثلاثة أقسام: إما أن (يشترط)[7] التبقية[8]، (أو يشترط القطع، أو يكون عارياً من الشرطين، فإن اشترط التبقية)[9] فلا خلاف في المذهب في فساد البيع لخوف العاهات والغرر، فإن تطوع المشتري بالقطع فسد البيع (لا محالة اعتباراً بحكم انعقاده، وإن)[10] شرط القطع جاز البيع بلا خلاف عندنا، وفي العقد المطلق روايتان: الفساد، والصحة، رواية البغداديين عن المذهب الفساد، وهو اختيار الشيخ **أبي محمد بن أبي زيد**[11]، **وأبي إسحاق التونسي**، واختار الشيخ **أبو الحسن**

---

(1) في نسخة: «ش»: (بيعه).
(2) في نشخة: «خق»: (دخله المقامرة).
(3) في نسخة: «خق»: (في هذه الصورة).
(4) في نسخة: «خق»: (المتبايعين بالفساد هل يوجب فساد البيع أولاً، فيه قولان في المذهب مشهوران ثم تكلم على جواز الشراء على تصديق البائع ومنعه، ومنه بيع النسيئة خوف الربا لاحتمال أن يجوز).
(5) في نسخة: «خق»: (صيره) ولعله خطأ نسخي.
(6) إذا كان البائع عالماً بمقدار المبيع جزافاً دون المشتري، فللمشتري الخيار في إمضاء البيع ورده، فلا يكون هذا البيع لازماً بالنسبة للمشتري.
(7) في نسخة: «خق»: (يقع البيع على شرط).
(8) أي بقاء الثمرة على الشجرة حتى يتم نضجها.
(9) ساقطة في نسخة: «خق».
(10) في نسخة: «خق»: (لاستصحاب اعتبار الحكم عند انعقاده، وإن كان على).
(11) شرح التلقين للشاذلي 2/ 8/و.

اللخمي، والشيخ **أبو القاسم بن محرز الصحة**، ويجبر المشتري على القطع، واستقرئ ذلك في الكتاب[1]. واختلفوا في فروع:

الأول: إذا اشترى الشجرة في صفقة، ثم اشترى الثمرة (في صفقة)[2] قبل طيبها، صح البيع وذلك كما لو اشتراهما في صفقة واحدة، لأن الثمرة تبع، ومنع ذلك **ابن عبد الحكم**، **والمغيرة**[3]، **وابن دينار**.

فرع: إذا اعتبرنا بُدُوَّ الصلاح فهو معتبر في كل نوع يطيب بعضه، وهل يتعدى إلى الحوائط المتعددة له، لأنها في حكم الحائط الواحد لإمكان هدم الجدار، أو يعتبر كل واحد من الحوائط بحكم نفسه قولان في المذهب (وأصل المذهب)[4] إجراء ذلك في النوع الواحد مطلقاً لتقارب الوقت غالباً[5]، واختلفوا هل يباع نوع بطيب آخر أم لا؟ والجمهور أن كل نوع معتبر بنفسه[6]، وشذ **الليث** وغيره فجعل طيب نوع جارياً في غيره وسار إليه[7].

فرع: إذا قلنا إن طيب بعض النوع معتبر في باقي ذلك النوع فهو فيما يتقارب زمانه، وأما الباكور الذي لا يتقارب زمانه، فلا يباع جميع النوع بطيب أوّله لتباعد الزمان[8].

فرع: إذا كانت الأشجار مما يطعم بطنين في سنة واحدة، ففي جواز بيع البطن الثاني ببدو صلاح الأول روايتان: الظاهر، المنع[9]، وظاهر كلام

---

(1) التبصرة للخمي ظ/ 64/ ظ.
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) النوادر 6/ 198.
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) المعونة 2/ 1009؛ المنتقى 6/ 147.
(6) المعونة 2/ 1009؛ بداية المجتهد 2/ 257.
(7) المنتقى 6/ 147.
(8) قال ابن يونس: وأما بيع لبتين عندنا بصقلية فلا يجوز بيع البطن الثاني منه بطيب الأول لانقطاعه منه، وتباعد ما بينهما، فهو بخلاف المتصل. ينظر: التاج والإكليل ط/ 501.
(9) المنتقى 6/ 147؛ بداية المجتهد 2/ 257؛ حاشية الدسوقي 3/ 178.

القاضي جوازه[1]، ويكون للمشتري إلى آخر إبانه، واشترط أصحابنا في (بيع)[2] بطون الموز أن يضرب الأجل لآخره، (لأنه يبقى سنين عديدة فيحتاج إلى مدة معلومة)[3]، وأجاز **مالك** أن يباع أول بطن من القرظ[4] والقضب ونحوه بطيبه، واختلفوا هل يجوز اشتراط الخلفة أم لا؟ وتحصيل المذهب في ذلك أنها إن كانت غير مأمونة فلا يجوز اشتراطها بلا خلاف، وإن كانت مأمونة فهل يجوز اشتراطها أم لا؟ قولان في المذهب فإذا أجزنا اشتراطها، فهل يشترط خلفات معدودة أو يجوز اشتراطها إلى أن تفنى قولان في المذهب المشهور اشتراط العدد[5] وأجاز الشيخ **أبو القاسم بن الجلاب** اشتراطها إلى أن تفنى[6].

قوله: «ولا يجوز شراء الكتان إذا استثنى البائع حبه، ولا القرظ واستثنى برسيمه».

وهذا كما ذكره، وهو مبني على أصلهم في المستثنى هل هو مبقى على ملك للبائع أو [الـ] مشتري والأصل مختلف فيه، وبيع الحنطة في سنبلها ممنوع، لأنه بيع ما لم تعلم صفته، وأجاز بيع الباقلاء، والجوز، واللوز، في قشره جريا على العادة واختلفوا في جواز بيع السنبل مع حبه فأجازه [9/و] جمهور العلماء من أهل المدينة[7]، ومنعه **الشافعي**[8] لأنه من باب الغرر كبيع

---

(1) التلقين ص110.

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) القرظ: هو حب معروف يخرج في غلف كالعدس من شجر العضاة. ينظر: المصباح المنير 2/ 499.

(5) شرح التلقين للشاذلي 2/ 10/و.

(6) الذي وقفت عليه في تفريع ابن الجلاب 2/ 144 هو: لا يجوز بيع القرظ والقضب حتى يفنى، وقد يكون ابن الجلاب ذكر هذا الذي نسبه إليه ابن بزيزة في كتاب آخر غير التفريع.

(7) التفريع 2/ 144 ـ 145؛ الكافي ص333؛ المعونة 2/ 1011؛ المنتقى 6/ 148 ـ 149؛ بداية المجتهد 2/ 250.

(8) الأم 3/ 40 ـ 41؛ مختصر المزني ص80؛ الإقناع ص92.

الزرع في تبنه بعد درسه، (وأجاز **مالك** بيعه في تبنه بعد درسه)[1] جزافاً[2]، والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور ما رواه **نافع** عن ابن عمر **أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن بيع السنبل حتى يبيض وتأمن العاهة، نهى البائع والمشتري»**[3].

قوله: «ومن باع أصل نخل وفيها ثمر مؤبرة[4] فثمرها للبائع»: قلت: اختلف الفقهاء في الثمار هل تتبع الأصول أم لا؟ فقال **أبو حنيفة** الثمرة للبائع قبل الإبار وبعده، ولا تتبع الأصول عنده بحال[5]، وقال **ابن أبي شبرمة** هي للمشتري مطلقاً أبرت أم لا[6]، وهذا بناء على (نفي)[7] التبقية المحضة، وفرق **مالك** بين أن تؤبر أم لا؟، فإن أبرت فهي للبائع إلا أن يشترطها المبتاع، وإن لم تؤبر فهي للمشتري بالعقد من غير شرط[8] اعتماداً على ما رواه ابن عمر قال سمعت رسول الله ﷺ قال: **(من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع)**[9].

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) بداية المجتهد 2/ 250.

(3) حديث: **(نهى عن بيع النخل حتى يزهو...)**: صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع، حديث (1535) 3/ 1165؛ سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، حديث (3368) 3/ 252؛ سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، حديث (1227) 3/ 529.

(4) التأبير: عبارة عن التلقيح في النخلة، يقال أبرت النخل يعني لقحت وعملية التأبير تتم بنقل الأكمام من النخل المذكر إلى النخل الأنثى. ينظر: غرر المقالة ص117.

(5) مختصر الطحاوي ص78؛ الهداية 3/ 28.

(6) لم أقف على هذا القول في كتب الفقه منسوباً إلى ابن أبي شبرمة وإنما ورد منسوباً لابن أبي ليلى: قال ابن رشد الحفيد في بداية المجتهد 2/ 308: قال ابن أبي ليلى سواء أبر أم لم يؤبر إذا بيع الأصل فهو للمشتري اشترطها أو لم يشترطها.

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

(8) النوادر 6/ 194 ـ 195؛ المعونة 2/ 1012؛ المنتقى 6/ 142؛ بداية المجتهد 2/ 307.

(9) حديث: **(من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر...)**: صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً قد أبرت، حديث (2090) 2/ 768؛ صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب من =

فرع: اختلفوا إذا أبر بعضها دون بعض، (تحصيل)[1] مذهب **مالك** أنهما إن كانا متساويين أعطى كل واحد منهما حكمه، وإن كان إحدهما تبعاً فهل يعطى حكم نفسه أو حكم متبوعه قولان[2]. (كما حكى)[3] القاضي، وإبار الزرع فركه، وقيل: ظهوره، وبالأول قال **ابن القاسم**[4].

قوله: «والزرع الصغير (إذا لم يظهر)[5] إذا بيعت الأرض وسكت عنه، فقيل للبائع، وقيل للمشتري»[6]، قلت: إذاأطلق لفظ البيع في الأرض فقد نصوا على أن البناء والشجر مندرج تحت الأرض، واتفقوا على أن الظاهر من الزرع الذي أفرك، أو قارب الإفراك غير داخل. واختلفوا في الذي لم يظهر لصغره، أو فيما ظهر ولم يتبين ظهوره، وفي الحجارة هل تندرج[7] تحت لفظ الأرض أم لا؟ والمعول عليه أنها إن كانت مخلوقة في الأرض اندرجت، واختلفوا إن كانت مدفونة لدافن، والخلاف فيه مبني على الخلاف فيمن ملك ظاهر الأرض هل يملك باطنها أم لا؟ قولان، وكذلك لفظ البستان تدخل فيه الأشجار، ولفظ الدار لا يتناول المنقولات وإنما يندرج تحت (الثوابت)[8]

= باع نخلاً عليها ثمر، حديث (1543) 3/ 1172؛ سنن الترمذي، كتاب البيوغ، باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال، حديث (1244) 3/ 5461؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب العبد يباع ويستثني المشتري ماله، حديث (4636) 7/ 297؛ سنن ابن ماجه، كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال، حديث (2210) 2/ 745.

(1) في نسخة: «ش»: (والمنخل في).

(2) في نسخة: «خق»: (حكاهما).

(3) التفريع 2/ 146؛ الرسالة ص217؛ الكافي ص335؛ المعونة 2/ 1012؛ المنتقى 6/ 139 ـ 140؛ حاشية الدسوقي 3/ 172.

(4) المنتقى 6/ 139 وفيه: أما الزرع فإباره أن يفرك في رواية ابن القاسم، وروى عنه أشهب أن إباره ظهوره من الأرض.

(5) ساقطة في نسخة: «ش».

(6) يعني أن من باع أرضاً وفيها زرع غير ظاهر، ولم يشترطه أحد المتبايعين، قيل إنه للبائع، وقيل للمشتري وهو المشهور في المذهب. ينظر: حاشية الدسوقي 3/ 172.

(7) في نسخة: «خق»: (هل هو مندرج).

(8) في نسخة: «خق»: (الثابت).

كالأبواب والأشجار، (والرفوف)[1] والسلاليم المبنية بالمسامير، وبالطين دون المحلولة، وسنذكر حكم مال العبد في التبعية، (وأصل المذهب)[2] أنه لا يتبع إلا بالشرط.

قوله: «وبيع الثمار على رؤوس النخل جائز فإن استثنى بعضه فعلى وجهين»، قلت: اتفق العلماء على أنه لا يجوز أن يبيع الرجل ثمر حائطه، ويستثني ثمر نخلات معينة. واختلفوا هل يجوز أن يستثني منه كيلاً معلوماً، فمنع من ذلك فقهاء الأمصار لأنه من باب الثنيا فاتقوا فيه الغرر (لأنه استثناء)[3] مكيل من جزاف[4]، وأجازه **مالك** وأهل المدينة في الثلث فما دونه، ومنعوه فيما فوق الثلث[5]، وكذلك اختلفوا في الصبرة تباع جزافاً هل يجوز أن يستثني منها كيلاً معلوماً، فمنعه الجمهور، وأجازه **مالك**، كالنخل[6]، وأجاز أيضاً استثناء الجلد والسواقط[7] من الأطراف التي لها قيمة يسيرة من الحيوان الذي لا يجوز ذبحه[8]، واختلفوا في استثناء ما له قيمة، والمشهور المنع، وأجاز **ابن حبيب** أن يبيع الشاة، ويستثني الرأس والأكراع[9]، واختلف قول **مالك** إذا استثنى منها أرطالاً معلومة، فروى عنه

(1) في نسخة: «خق»: (السقوف).
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) في نسخة: «ش»: (باستثناء).
(4) النوادر 6/ 327 ـ 328؛ المعونة 2/ 1014؛ البداية 2/ 267.
(5) الموطأ 2/ 622، قال مالك: الأمر عليه الجمع عندنا أن الرجل إذا باع ثمر حائطه أن له أن يستثني من ثمر حائطه ما بينه وبين ثلث الثمر لا يجاوز ذلك، وما كان دون الثلث فلا بأس بذلك، قال مالك: فأما الرجل يبيع ثمر حائطه ويستثني من ثمر حائطه ثمار نخلة أو نخلات يختارها، ويسمي عددها، فلا أرى بذلك بأساً لأن رب الحائط إنما استثنى شيئاً من نفسه، وإنما ذلك شيء احتبسه من حائطه، وأمسكه لم يبعه، وباع من حائطه ما سوى ذلك.
(6) بداية المجتهد 2/ 260.
(7) السواقط: جمع ساقط: وهو الرأس والأكراع فقط، ولا يدخل في ذلك الكرش والفوائد. ينظر: مواهب الجليل 4/ 283.
(8) قال خليل في المختصر ص170: وجلد وساقط بسفر فقط.
(9) المنتقى 6/ 37 ـ 38؛ بداية المجتهد 2/ 266.

ابن وهب منع ذلك، وروى عنه ابن القاسم أنه أجازه في الأرطال اليسيرة فقط[1][2] (والجمهور)[3] على الامتناع كالصبرة (وثمرة)[4] الحائط يستثني منها مكيله.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**فصل في العَرِية**»: اختلف أهل اللغة لم سميت بذلك، فقيل: لأنها عريت من الثمن، وقيل: لإعراء النخل عن الثمرة بالهبة، وقيل: لإعرائها من المساومة عند البيع، وقيل: هي مشتقة من قولهم عروت الرجل إذا قصدته تلتمس معروفه[5]، والعرية في الشرع إعطاء الثمرة على وجه مخصوص[6]، وقال القاضي: العرية أن يهب الرجل ثمرة نخلة أو نخلات من حائطه لرجل[7] قال **الأبهري**: وهي من فعل المعروف، واتفق العلماء على أنها خارجة عن الأصول مستثناة من أصول ممنوعة، واختلفوا في وجه الرخصة فيها، فقال **مالك**: الرخصة فيها للمعري خاصة[8] من وجوه، لأنه فيها أنواعاً من المزابنة والتفاضل في الحال والمئال والتسمية (وبيع الطعام بالطعام إلى أجل)[9]، وقال **الشافعي** الرخصة فيها **للمعري**، ولغيره من كل من أراد شراؤها للضرورة[10] (إلى أكل الرطب، وقال **أبو حنيفة**: الرخصة فيها

(1) بداية المجتهد 2/ 267، وفيه: فعن مالك في ذلك روايتن: إحداهما: المنع، وهي رواية ابن وهب، والثانية: الإجازة في الأرطال اليسيرة فقط وهي رواية ابن القاسم.
(2) نقل الباجي عن القاضي عبد الوهاب قوله: إن المحققين من أصحابنا جعلوا ذلك رواية واحدة المنع حيث تكون له قيمة، والإجازة حيث لا تكون له قيمة. ينظر: المنتقى 6/ 38.
(3) في نسخة: «خق»: (المشهور).
(4) في نسخة: «خق»: (ونخل).
(5) لسان العرب 15/ 49؛ المنتقى 6/ 159؛ بداية المجتهد 2/ 355.
(6) وعرفها ابن غرفة بأنها ما منح من ثمر ييبس، قال الرصاع: قال المازري: هي هبة الثمرة. وقال عياض: منح ثمر النخل عاماً، وقال الباجي: هي النخلة الموهوب ثمرها. ينظر: حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 389.
(7) المعونة 2/ 1017.
(8) في نسخة: «خق»: (وبيع الرطب باليابس).
(9) عيون المجالس 3/ 1457؛ بداية المجتهد 2/ 254.
(10) الأم 3/ 56؛ روضة الطالبين 3/ 562 ـ 563.

من حيث إن فيها رجوعاً في الهبة على صفة مخصوصة)[1] إذا كان الموهوب لم يقبضها[2]، وفي الصحيح **أن رسول الله ﷺ رخص في العرية أن تباع بخرصها تمراً يأكلها أهلها رطباً**[3] وفي هذا دليل على أن الرخصة فيها عامة لأن كل من اشتراها فهو من أهلها، وقيل: هو للمعري فقط، وإذا قلنا بمذهب **مالك** فلها خمسة شروط[4]:

الأول: أن تزهى.

والثاني: أن تكون أقل من خمسة أوسق روايتان للشك الواقع في الحديث المتضمن جوازها، ولا خلاف في امتناع ذلك في الزائد عليها.

والثالث: أن يشتريها بالتمر، فإن اشتراها بالعين فهل يجوز أم لا؟ قولان المشهور [9/ظ] المنع قصراً للرخصة على موردها، والشاذ الجواز ملاحظة لمعنى الترخيص وهو قول (المخالف)[5].

والرابع: أن تكون التمرة مؤجلة إلى الجذاذ فإن عجلت بشرط لم يجز، ولو تطوع بتعجيله بعد العقد جاز، وإنما اعتبرت هذه الشروط لأن باب الرخصة أن تقصر على ما وردت عليه، ولا يخرجها عن ذلك، وأوجب **الشافعي** أن يعطي التمر نقداً فإن أخرت لم يجز عنده[6]، فإذا ثبت جوازها فهي مقصورة على النخل والعنب عند **مالك**، وروى عنه أنها جائزة فيما ييبس ويدخر كالجوز واللوز والتين (والفستق)[7] وغيره، واختلف المذهب في وضع

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) الهداية 3/ 71.

(3) حديث: (**رخص في العرية...**): صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب ولفضة، حديث (2079) 2/ 764؛ صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، حديث (1539) 3/ 1169.

(4) ذكر أربعة منها الباجي وابن رشد الحفيد. ينظر: المنتقى 6/ 168؛ بداية المجتهد 2/ 353.

(5) في نسخة: «خق» بياض.

(6) الأم 3/ 56؛ روضة الطالبين 3/ 562 ـ 563.

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

الجوائح فيها على قولين قال **ابن القاسم** فيها الجائحة[1]. وقال **أشهب** ليس فيها جائحة[2].

تنبيه: عجباً (من **أبي حنيفة** كيف جوز)[3] العرية وجعلها من (أصول)[4] مستثناة في النهي عن الرجوع في الهبة، ولم يقع فيها استثناء من الرسول ﷺ، ولم يجعلها مستثناة مما استثناه الرسول ﷺ. وههنا فروع تتعلق بالعرية:

الأول: إذا تعددت الحوائط فأعراه من كل واحد منها قدر خمسة أوسق فما دون، فهل يجوز أن يشتري من كل واحد خمسة أوسق اعتباراً له بحكم نفسه، أو يجعل جميعها كالحائط الواحد فلا يشتري من جميعها إلا خمسة أوسق فيه ثلاثة أقوال بين المتأخرين فاختار الشيخ **أبو محمد بن أبي زيد** وتلميذه **أبو بكر بن عبد الرحمٰن** أنها كالحائط الواحد[5]، ورآى الشيخ **أبو الحسن بن القصار** أن لكل واحد منها حكم نفسه، فيشتري من كل واحد منها خمسة أوسق، وفرق الشيخ **أبو القاسم بن الكاتب** قال: إن كانت العواري كلها بلفظ واحد، في زمان واحد، فالحوائط المختلفة كحائط واحد، وإن كانت في أوقات مختلفة بألفاظ مختلفة أعطى كل واحد حكمه[6].

المسألة الثانية: شراء المعري بعض عريته هل يجوز أم لا؟ فيه قولان مبنيان على تحقيق العلة.

المسألة الثالثة: إذا أعرى جماعة شركاء في حائط واحد عرية فهل يجوز لأحدهما أن يشتري حظ الآخر من العرية أم لا؟ قولان، منعه **ابن الماجشون**

---

(1) وجه قول ابن القاسم أن هذه ثمرة يضمنها بخرصها تمراً إلى الجداد، فسقط عنه ذلك بالجائحة كالزكاة، ووجه قول أشهب أنه اشتراها لدفع الضرر. ينظر: المنتقى 6/ 176.

(2) في نسخة: «خق»: (ممن رآى جواز).

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) الجائحة: يعني الآفة. ينظر: غرر المقالة ص222.

(5) النكت لعبد الحق 165/ و.

(6) التبصرة للخمي 3/ 105/ و، مخطوط نسخة: «خق».

لخروجه عن محل الرخصة، وأجازه غيره[1].

المسألة الرابعة: اختلفوا في زكاة العرية والهبة، فقيل: على الموهوب والمعرَى، (وقيل: على المعري)[2]، وكذلك اختلفوا في السقي، فقيل: على المعرَى، وقيل: على المعري، وقال: محمد لا خلاف أن السقي على المعرَى[3]، والخلاف صحيح مبناه على لفظ العرية هل يقتضي التزام الزكاة، والسقي أم لا؟ وهو الصحيح.

المسألة الخامسة: اختلفوا في حوز العرية، فقيل: الإبار، وقيل: تسليم الرقبة قاله **أشهب** في كتاب **محمد**، وقال **ابن حبيب**: لا يتم حوزها (إلا باجتماع أمرين أن يكون في النخل ثمرة، وأن يقضيها الموهوب)[4].

قال القاضي: «**والجوائح**[5] **(موضوعة)**[6]»[7] إلى آخره.

شرح: اختلف الناس في وضع الجوائح فقال **مالك**: وأصحابه بوضعها، (وأنكرها) **أبو حنيفة**[8]، **والشافعي، والثوري، والليث**[9]، والدليل على وضعها ما خرجه **مسلم** في صحيحه من حديث جابر **أن رسول الله ﷺ قال: (من اتباع تمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئاً فبم يأخذ أحدكم من**

---

(1) النوادر 6/ 200؛ المنتقى 6/ 156.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) المنتقى 6/ 159.

(4) قال الباجي: وبماذا تكون حيازته، وتصح للمعرى؟ قال ابن حبيب عن مالك: تكون باجتماع أمرين أحدهما، أن تطلع فيها ثمرة. والثاني أن يقبضها، فإن عدم أحد الأمرين قبل موت المعرى فلا شيء فيها للمعترى. وقال أشهب في كتاب محمد: إن ذلك يكون بوجود أحد أمرين: الأبار أو تسليم الرقبة، فإنه يكون حوزاً، وإن لم تؤبر الثمرة. ينظر: المنتقى 6/ 160.

(5) الجائحة: اسم للمصيبة الواقعة على جميع الثمرة أو جلها، والجوائح جمع جائحة، قاله القاضي عبد الوهاب. ينظر: شرح التلقين للشاذلي 2/ 12/ ظ.

(6) ساقطة في نسخة: «ش».

(7) في نسخة: «غ»: (موضوع).

(8) في نسخة: «خق»: (ولم يرها).

(9) مختصر الطحاوي ص78؛ مختصر المزني ص80 ـ 81؛ المجموع 9/ 102؛ المحلى 7/ 279.

مال أخيه)[1] الحديث، ومن طريق المعنى أنه مبيع بقى على البائع فيه حق توفيه السقي، فكان ضمانه منه كالصبرة تشتري على الكيل، وضعَّف **الشافعي** حديث جابر، وكان يقول أنه اضطرب في ذكر الجوائح فيه، قال: فإن ثبت حديثه وجب وضعها في القليل والكثير[2]. واحتج من أسقط القضاء بحديث **أبي سعيد الخدري** قال: أجيح رجل في ثمار ابتاعها، وكثر دينه فقال رسول الله ﷺ: **(تصدقوا عليه فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال ﷺ لغرمائه خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك)**[3][4] ولحكمه ﷺ بالجائحة، وزعم بعض أهل العلم أن الأمر بوضعها كان قبل النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، وتأول **مالك** وأصحابه حديث **أبي سعيد** على أن البائع عديم، أو على أن المقدار الذي أصيب من التمر حينئذٍ لا يقضى فيه بالجائحة لقلته، أو على أن تكون الجائحة أصابت الثمرة بعد طيبها وبعد جذاذها، ولا يقضى بالجوائح التي تصيب حينئذٍ، وهذه تأويلات لا عاضد لها[5].

فصل: إذا ثبت القضاء بالجوائح فذهب معظم الثمرة لزم المشتري بقية الثمرة بحصتها من الثمن بخلاف الطعام يشتري على الكيل، ثم يذهب معظمه فلا يلزم المشتري باقيه، لأن الجوائح معتادة في الثمار، فالمشتري قد دخل

---

(1) حديث: **(من ابتاع تمراً فأصابته جائحة...)**: صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، حديث (1554) 3/ 1190؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب وضع الجوائح، حديث (4527) 7/ 264؛ سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب بيع الثمار سنين والجائحة، حديث (2219) 2/ 747.

(2) الأم 3/ 58.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) حديث: **(أجيح رجل في ثمار ابتاعها...)**: صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب استجباب الوضع من الدين، حديث (1556) 3/ 1191؛ سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب فقي وضع الجائحة، حديث (3469) 3/ 276؛ سنن الترمذي، كتابي الزكاة، باب ما جاء من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم، حديث (655) 3/ 44؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب وضع الجوائح، حديث (4530) 7/ 265؛ سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه، حديث (2356) 2/ 789.

(5) المدونة 13/ 233؛ التمهيد 13/ 153.

عليها، بخلاف الاستحقاق، أو نقص الطعام، فإذا تقرر ما ذكرناه، فالقول في الجوائح ينحصر في فصول:

الفصل الأول: فيما يعد جائحة وما لا يعد

الفصل الثاني: في محلها في المبيعات.

والفصل الثالث: في قدرها.

والفصل الرابع: في زمان القضاء بالجائحة.

والفصل الخامس: في كيفية الرجوع.

فأما الأول فيما يعد جائحة، فقد اختلف الفقهاء فيه، فقال **ابن القاسم** الجائحة ما لا يستطاع دفعه وإن علم به، وقال **مطرف وابن الماجشون** الجائحة ما أصيب الثمرة من السماء، وأما ما كان من صنع الآدمي فليس بجائحة[1]. وتحصيل (المذهب)[2] فيها أنها (على وجهين أحدهما أن تكون من فعل الله تعالى، والثاني من فعل الآدمي فالأول)[3] على وجهين إما أن تكون من قبل الماء، أو من قبل غيره، فإن كانت من قبل الماء، (إما أن تكون من كثرة الماء، أو من قلته، فإن كان من قبل الماء)[4] وقلته كالعطش، فاتفقوا على أنها جائحة، وهذا القسم من أقسام الجوائح. اتفق **مالك والشافعي** [10/و] **وأبو حنيفة** على القضاء بها[5]، ويوضع قليله وكثيره بلا خلاف عندنا (وإن كان)[6] من قبل الماء لكثرته فهو نوع من العفن. قال **ابن القاسم** يوضع قليله وكثيره[7] وأما ما كان من فعل الله، وليس من قبل الماء كالبرد الشديد، والحر، والريح، والعفن والجراد، وانكسار الأشجار فلا خلاف عندنا أنها جائحة. وأما ما كان من فعل الآدمي فلا يخلو أن يكون مما يستطاع دفعه

(1) المنتقى 6/ 173.
(2) في نسخة: «خق»: (المسألة).
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) النوادر 6/ 213؛ المنتقى 6/ 174؛ الأم 3/ 58.
(6) في نسخة: «خق»: (فإن كانت الجائحة).
(7) النوادر 6/ 213؛ المنتقى 6/ 174.

كالسارق، أو مما لا يستطاع دفعه كالجيش، والخلاف في القسمين منصوص في المذهب، ومذهب **ابن القاسم** أن الجيش والسارق جائحة[1]، وقال ﷺ: **(أرأيت إن منع الله الثمرة)**[2] وظاهر ذلك اختصاصها بالأمور السماوية، وهو قول **مطرف وابن الماجشون**[3].

الفصل الثاني: في محلها وهي (جارية)[4] في الثمار بلا خلاف، وهل تجري في البقول، سيأتي القول فيه، وتحصيل القول الكلي فيها أنها جارية في كل ما يحتاج إلى بقائه في أصوله لتمام إصلاحه، واستكمال طيبه كالتين والعنب، والخوخ، والزيتون، والرمان، والياسمين، والورد، ونحوهما ما له ساق (ثابت)[5] وأما ما لا يحتاج إلى بقائه في أصوله (كالتمر اليابس، والزيتون المستكمل فلا جائحة اتفاقاً، لأن طيبه قد كمل، واختلفت الرواية في قسم ثالث دائر بين القسمين وهو ما احتيج إلى بقائه في أصله لحفظ)[6] نضارته لا لتمام صلاحه (هل يقضى فيه بالجائحة أم لا؟، فروى **أصبغ** عن **ابن القاسم** ما يدل على أنه لا جائحة فيه بناء على أن المراعى كمال الصلاح)[7]، ومقتضى رواية **سحنون** أن الجائحة موضوعة فيه، واختلفوا في البقول هل توضع فيها الجائحة أم لا، قولان مشهوران، في المذهب وإذا قلنا إنها توضع فيها، فهل هي معتبرة فيها بالثلث كالثمار أم توضع في قليلها وكثيرها قولان مشهوران أيضاً[8].

الفصل الثالث: في قدرها، والمعتمد عليه في مذهب **مالك** أنها

---

(1) التفريع 2/ 152؛ النوادر 6/ 212؛ المنتقى 6/ 173؛ القوانين الفقهية ص173.

(2) حديث: **(أرأيت إن منع الله الثمرة)**: صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع المخاضرة، حديث (2094) 2/ 768؛ صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب وضع الحوائج، حديث (1555) 3/ 1190.

(3) المنتقى 6/ 173.

(4) في نسخة: «خق»: (جائحة).

(5) ساقطة في نسخة: «ش».

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) ساقطة في نسخة: «ش».

(8) التفريع 2/ 153؛ الكافي ص334؛ المنتقى 6/ 174 ـ 175.

(إنما)[1] توضع إذا بلغت الثلث[2] (فإن قصرت عنه فلا توضع وقد ذكرنا الاتفاق في العشر. والاتفاق في البقول، وإذا قلنا باعتبار الثلث)[3] فهل المقصود ثلث القيمة، أو ثلث المكيلة فيه تفصيل، تحصيله أنه إن كان مما يحبس أوله على آخره، وتختلف قيمته بحسب أوله وآخره، فالمعتبر فيه ثلث القيمة اتفاقاً، (وإن تساوى)[4] ولم يكن مما يحبس أوله على آخره، فهل المعتبر ثلث المكيلة، أو ثلث القيمة قولان في المذهب والصحيح من مذهب **ابن القاسم** اعتبار ثلث المكيلة، ومذهب **أشهب** اعتبار ثلث القيمة، لأنها المقصود من المكيلة[5]. واختلفوا في فروع:

الأول: إذا كانت الثمار أجناساً مختلفة فوقعت الجائحة فهل يعتبر كل جنس على حدته، أو تكون الجائحة المقدرة بالثلث معتبرة بالجميع قولان في المذهب[6]، وهل يعتبر في ذلك ثلث المكيلة أو ثلث القيمة، فيه أيضاً ما قدمناه.

فرع: إذا تزوج امرأة بثمرة فأجيحت فهل يقضي بالجائحة في ذلك البيع أم لا؟ لأنه من عقد معاوضة ومكارمة قولان. قال **ابن القاسم**: لا جائحة فيه، وقال **ابن الماجشون**: فيه الجائحة كالرد بالعيب[7]، وقد ذكرنا الخلاف في العرية هل يقضي فيها بالجائحة أم لا؟ على قولين في المذهب.

الفرع الثاني: إذ باع ثمر حائطه، واستثنى منه مكيلة معلومة، ثم أجيحت الثمرة فهل توضع من العدد المستثنى بقدره أم لا؟ فيه قولان في المذهب. (قال **ابن وهب** لا يوضع من ذلك قيلاً أو كثيراً، وروى **ابن القاسم وأشهب** أنه يوضع عنه بقدره)[8] وقال **ابن القاسم** مرة أخرى إن قصرت الجائحة عن

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) النوادر 6/ 204؛ المنتقى 6/ 176.
(3) ساقطة في نسخة: «ش».
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) المعونة 2/ 1020؛ المنتقى 6/ 178 ـ 179؛ التاج والإكليل 4/ 505.
(6) المنتقى 6/ 178 ـ 179؛ القوانين الفقهية ص174.
(7) كفاية الطالب 2/ 283؛ التاج والإكليل 4/ 505.
(8) ساقطة في نسخة: «ش».

الثلث لم يوضع (عن المشتري)[1] شيئاً، وإن بلغت الثلث وضع عن المشتري بقدره.

الفرع الثالث: إذا اشترى الأصل والثمرة في صفقة واحدة فلا جائحة، لأن الثمرة تبع، ويجري الخلاف فيها على الخلاف في الاتباع (هل يراعى)[2] وإن اشترى الأصل، ثم اشترى الثمرة فإما أن تكون بعد بدو الصلاح أو قبله، فإن كان بعد بدو الصلاح فالعقد صحيح، وفي وضع الجائحة قولان مبنيان على الاتباع، وإن كان قبل بُدُوِّ الصلاح ففي صحة العقد قولان: الظاهر الفساد[3]، ومن (أجاز ففي)[4] وضع الجائحة حينئذٍ قولان، وإن اشترى الثمرة أو لا، ثم (أتبعها)[5] الأصل نظرت فإن كان الشراء قبل طيب الثمرة فالبيع فاسد، ولا جائحة حينئذٍ إلا أن يشتريها على القطع، ثم يتبعها الأصل من غير تراخ، فالتبقية جائزة، وإن كان بعد طيبها، فالجائحة موضوعة فيها (لأنها مقصودة)[6].

قال القاضي رَحِمَهُ اللهُ: «**قد بينا (تحريم)[7] التفاضل في الجنس الواحد**».

شرح: تكلم في هذا الفصل على (جمل)[8] من أحكام الصرف، وهو مشتق من الصريف، وهو الصوت[9] وسمى بذلك لتصويت (النقد عند

(1) كذا في النسختين، وفي المنتقى للباجي 6/ 176 (من المستثنى).
(2) ساقطة في نسخة: «ش».
(3) المدونة 12/ 35. وفيه: من اشترى النخل والثمرة في صفقة واحدة، فأصابت الثمرة جائحة فلا شيء على البائع، قلت وإن كان بلحاً أو بسراً أو رطباً أو تمراً يوم اشتراها مع النخل قال نعم لا جائحة فيها عند مالك، لأنه اشترى الأصل معها فكانت تبعاً لوصل، فكذلك الذي اشترى الأصل، ثم اشترى الثمرة فلا جائحة فيها، قال سحنون: الجواب صحيح إلا أن الحجة فيها أن البائع إذا باع الثمرة، وقد بدا صلاحها في رؤوس النخل أن عليه سقي النخل، وإذا باع النخل بأصولها، وباع منه بعد ذلك ثمرتها أنه لا سقي على البائع.
(4) في نسخة: «خق»: (أجازه جعل في).
(5) في نسخة: «خق»: (ابتاع).
(6) ساقطة في نسخة: «ش».
(7) ساقطة في نسخة: «خق»، و«ش».
(8) في نسخة: «خق»: (حكم).
(9) الصرف لغة: كما قال ابن فارس: فضل الدرهم في الجودة على الدرهم، ومنته =

طرحهما)[1]. وذكر أهل العلم أن هذه اللفظة لم تقع في كتاب ولا في سنة، إلا في حديث عبادة بن الصامت (التمس مني صرفاً)[2][3].

والصرف في الاصطلاح: عبارة عن بيع أحد النقدين بخلافه. فإن بيع بمثله فهو مبادلة[4] إن كان عدداً، أو مراطلة[5] إن كان وزناً بالصنجة[6] أو الكفة. والأصل في وجوب التناجز في الصرف ما رواه **مالك** عن **نافع** عن أبي سعيد الخدري **أن رسول الله ﷺ قال: (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا[7] بعضه على بعض)**[8]. وقال في الفضة: نحوه: **(ولا تبيعوا غائباً بناجز)**[9] وقال ﷺ: **(الذهب بالذهب إلا ها وها مثلاً بمثل)**[10] وقد

= الصيرفي، والصرف مشتق من الصريف وهو اصوت، وفي الشرع حده ابن عرفة بأنه: بيع الذهب بالفضة أو أحدهما بفلوس. ينظر: المصباح المنير 1/ 338؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 1/ 337.

(1) في نسخة: «خق»: (النقدين على طرحها).

(2) في نسخة: «ش»: (صرافاً).

(3) لم أقف عليه بهذا اللفظ، لكن ورد في صحيح البخاري بلفظ: **(التمس صرفاً بمائة دينار...)**؛ كتاب البيوع، باب بيع الشعير بالشعير، حديث (2065) 2/ 761. من حديث مالك بن أوس بن الحدثان وليس من حديث عبادة بن الصامت.

(4) عرفها ابن بشير بأنها: بيع العين بمثله عدداً. ينظر: شرح الرصاع على حدود ابن عرفة 1/ 343.

(5) المراطلة: لغة: الوزن الوزن واصطلاحاً: بيع ذهب به وزناً أو فضة كذلك. ينظر: المصباح المنير 1/ 230؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 1/ 341.

(6) الصنجة: هو ما يتخذ مدوراً على كفتي الميزان. ينظر: المعجم الوسيط 1/ 527.

(7) ولا تشفوا: هو بضم التاء وكسر الشين المعجمة، وتشديد الفاء أي لا تفضلوا، والشقف بكسر الشين ويطلق أيضاً على النقصان فهو من الأضداد، ويقال شف الدرهم بفتح الشين يشف بكسرها إذا زاد وإذا نقص. ينظر: شرح النووي على صحيح مسلم 11/ 10.

(8) حديث: **(لا تبيعوا الذهب بالذهب...)**: صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة، حديث (2068) 2/ 761؛ صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب الربا، حديث (1584) 3/ 1208؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالذهب، حديث (4570) 7/ 278.

(9) جزء من الحديث الذي قبله.

(10) حديث: **(الذهب بالذهب إلا ها وها...)**: موطأ مالك، كتاب البيوع، باب ما جاء =

اتفق العلماء على أن الإشارة بقوله: (ها وها) إلى سرعة المناجزة، وهل ذلك عبارة عن المجلس أم لا؟ اختلف العلماء فيه، فقال **أبو حنيفة والشافعي**: إذا تعاقدا وطال الأمر بينهما في المجلس من غير تقابض. فالعقد (بينهما)[1] جائز، وذلك تناجز ما داما في المجلس لم يفترقا وهؤلاء جعلوا التناجز عبارة عما يكون في المجلس وإن طال[2]، وقال **مالك** إن طال الأمر بينهما في المجلس من غير تقابض فسد الصرف[3] [10/ ظ] (سبب الخلاف اختلافهم)[4] في قوله: (ها وها) واختلفوا إن كان التأخير غلبة هل يفسخ الصرف أم لا؟ فيه قولان في المذهب، واتفقوا على فساده إذا وقع التأخير اختياراً[5]. وَهَهُنَا فروع تتعلق بالمناجزة[6].

فرع: اختلفوا في المواعدة في الصرف على ثلاثة أقوال في المذهب: الأول: المنع قاله **أصبغ** في ثمانية **أبي زيد**، فإن وقع ذلك فسخ قياساً على المواعدة (على النكاح)[7] في العدة. والثاني: الجواز مطلقاً (قاله)[8] **ابن نافع** في السليمانية، قال ما علمت أحداً أكرهه، وليس كالمواعدة في العدة لأن تتميم العقد في النكاح محرم، وتتميم العقد في الصرف هو المقصود (فافترقا وامتنع)[9] الإلحاق، والثالث الكراهية هو المشهور عن **مالك**، وهو اختيار **ابن القاسم** مراعاة للخلاف[10].

= في الصرف، حديث (1308) 2/ 636؛ سنن البيهقي الكبرى، كتاب البيوع، باب اوجناس التي ورد النص بجريان الربا فيها، حديث (10254) 5/ 276.

(1) ساقطة في نسخة: «ش».

(2) مختصر الطحاوي ص75؛ مختصر المزني ص77 ـ 78.

(3) في نسخة: «ش»: (المفهوم).

(4) التفريع 2/ 153؛ المعونة 2/ 1023؛ المنتقى 6/ 257.

(5) المنتقى 6/ 267؛ المقدمات 2/ 17.

(6) المناجزة هي عدم افتراق المتصارفين. ينظر: حاشية الدسوقي 3/ 36.

(7) ساقطة في نسخة: «ش».

(8) ساقطة في نسخة: «خق».

(9) في نسخة: «خق»: (بانفاق بامتناع) كذا.

(10) التاج والإكليل 4/ 309. وفيه: كره مالك وابن القاسم المواعدة في الصرف، ومنعها أصبغ، وجوزها ابن نافع، قال اللخمي: والجواز أحسن.

والمسألة الثانية: اختلفوا في الخيار في الصرف، وفيه قولان في المذهب: المشهور. المنع والشاذ الجواز[1]، حكاه **أبو إسحاق بن شعبان** في الزاهي عن المذهب، وبه قال **(أبو زيد)**[2] وغيره من المخالفين ومبناه على الخلاف في[3] بيع الخيار هل هو على الحل أو على العقد؟.

المسألة الثالثة: الوكالة على العقد والقبض جائز وعلى القبض فقط، وعلى العقد فقط ممنوع إلا أن يكون الموكل حاضراً وقت القبض فهل يجوز توكيله على القبض بمحضره أم لا؟ قولان (في المذهب)[4] المشهور[5] اشتراط قبض الموكل نفسه، والشاذ جواز قبض الوكيل بحضرته[6] وهو خلاف في حال[7].

قوله: «ولا تجوز فيه (نظرة[8] ولا)[9] حوالة ولا حمالة» وهو كما ذكره لِأَن ذلك داع إِلى التراخي فإن أعطى الحميل فيه على الاستحقاق جاز،

---

(1) المنتقى 6/ 256.

(2) في نسخة: «ش»: (أبو ثور).

(3) في نسخة: «خق»: زيادة (عقد).

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) في نسخة: «خق»: زيادة (منع).

(6) المقدمات 2/ 18؛ حاشية الدسوقي 3/ 30.

(7) قال الدسوقي في التفريق بين خلاف حال وخلاف في شهادة: أن الأول يقال حيث يكون للشيء حالان فيقول القائل بجوازه باعتبار إحدى الحالتين، وهي الحاضرة في ذهنه حين القول، ويقول الآخر بمنعه باعتبار الحالة الأخرى، لأنها هي التي عمل في ذهنه حين القول. . . وأما الخلاف في شهادة فيقال حيث يكون القول من كل منهما مرتباً على أحد الحالين، وهو مع ذلك ينفي الآخر، بأن يقول كل منهما مثلاً: المشاهدة تقضي بكذا، وينفي غيره، فهو خلاف حقيقي مثلاً الخلاف في ماء جعل في الفم هل يصح التطهر به أم لا؟ فإن كان هذا الخلاف من إجل الماء قد ينضاف بالريق، فمن منع تكلم على حالة الإضافة، ومن أجاز تكلم على حالة عدمها وكل يسلم وقوع الحالين فهو خلاف في حال، وإن كان هذا الخلاق من أجل أن القائل بالمنع يرى أنه ينضاف ولا بد ولا يمكن عادة عدم إضافته، والقائل بالجواز يرى نقيض هذا فهو خلاف في شهادة. ينظر: حاشية الدسوقي 3/ 73.

(8) نظرة: أي تأخير.

(9) ساقطة في نسختي: «خق» ونسخة: «ش».

وأما أخذ الحميل بأحد النقدين ممنوع، واختلف المذهب هل من شرط التناجز أن يفترقا بعد التقليب أم لا؟ المشهور أنه شرط، وإن افترقا على غير تغليب ففي كتاب محمد الصرف منقوض، وإن وجدها خياراً، وروى عن **مالك** الصرف جائز إذا كانت خياراً، وكذلك اختلفوا هل يجوز الصرف على التصديق والمشهور المنع بناء على اعتبار المثال، وأجازه **أشهب**.

فرع: هل من شرط التناجز حضور النقدين أم لا؟، واختلف المذهب فيه على قولين(1) وتنبني عليه فروع:

الأول: صرف ما في الذمة، والصرف على الذمة، أما صرف ما في الذمة(2) ففيه اختلاف مشهور، وتحصيل القول فيه أن ما في الذمة إما أن يكون (حالاً أو مؤجلاً، وإما أن يكون من جانب واحد أو من جانبين؟، فإن كان حالاً من جانب واحد فقولان: الأشهر، الجواز، والشاذ المنع، وإن كان حالاً من جانبين ففيه قولان أيضاً وهو من نوع المقاصة(3) والاقتضاء(4)، وإن كان مؤجلاً فالمشهور منعه مطلقاً كان)(5) من جانب واحد، أو من جانبين(6)، وأجازه الشيخ **أبو إسحاق بن شعبان** لأنهما متناجزان في المعنى، وأما الصرف على الذمة فصورته أن يتعاقداً على الصرف، ويستسلف كل واحد منهما ما عقد عليه(7)، وهو ممتنع إن كان ذلك من الجانبين للتراخي الممتنع في عقد

---

(1) المنتقى 6/ 258 ـ 260.

(2) صرف ما في الذمة: أي صرف ما هو متقرر في الذمة، بحيث يكون لأحدهما على الآخر دينار أو دنانير، والآخر عليه درهم فيتطارحان ما في الذمة، وهو جائز إذا حل الدينان، قال خليل: أو بدين. ينظر: المختصر ص171؛ مواهب الجليل 4/ 310؛ حاشية الدسوقي 3/ 30.

(3) المقاصة: في الاصطلاح تعني: متاركة مطلوب بمماثل صنف ما عليه لما له على طالبه فيما ذكر عليهما. ينظر: حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 406.

(4) الاقتضاء: عرفه ابن عرفة بأنه: قبض ما في ذمة غير القابض. ينظر: الحدود بشرح الرصاع 1/ 344.

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) ينظر: في جملة هذه الأحكام التاج والإكليل 4/ 310.

(7) الصرف على الذمة: أي على استحداث شيء في الذمة، وهو مقصود خليل في =

الصرف وإن استسلف أحدهما، وكان نقد الآخر حاضراً ففي المذهب قولان: الجواز، والمنع مبنيان على علم أحد المتبايعن بالفساد هل يفسد العقد أم لا؟

فرع: اختلفوا في صرف المغصوب على ثلاثة أقوال[1] منهم من جوزه في المسكوك والمضروب وغيره، ومنهم من منعه مطلقاً، ومنهم من أجازه في المسكوك دون المصوغ، ومبنى الخلاف على الخلاف في الدنانير والدراهم هل تتعين أم لا؟ ولا خلاف في المذهب أنها تتعين إذا ظهر (قصد)[2] التعين[3]، وكذلك اختلفوا أيضاً في جواز صرف (الرهن)[4] والمستعار (والمستودع)[5] على قولين: الجواز، والمنع.

قوله: «فإن تقابضا نقوداً أحدهما ردياً أو زائغاً فأراد رده بطل الصرف، وله أن يمسكه ولا (يبطل الصرف)»[6] وهذا كما ذكره، وتحصيل القول فيه أنه لا يخلو إما أن يقوم بالزائف أم لا؟ فإن قام به فهل يجوز له البدل، ولا ينتقض الصرف أو لا بد من انتقاضه فيه قولان في المذهب المشهور الانتقاض[7]، (وأجاز)[8] **الليث، وابن وهب، وأشهب** رواية **عن مالك** (البدل[9]، وقال

= المختصر بقوله: وإن غاب نقداهما. قال ابن بشير: غلط كثير فلم يفرقا بين صرف ما في الذمة والصرف على الذمة، وحقيق الصرف على الذمة هي مسألة الكتاب يعني مسألة استقراض أحدهما أو كليهما ما ينقد، قال وأما صرف ما في الذمة فهو أن يكون لك في ذمته ذهب أو فضة فتصرفه منه بعين ناجز. ينظر: مختصر خليل ص171؛ حاشية الدسوقي 3/ 30؛ التاج والإكليل 4/ 310.

(1) مواهب الجليل 4/ 312؛ التاج والإكليل 4/ 312.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) التاج والإكليل 4/ 323.

(4) في نسخة: «خق»: (المرتهن).

(5) في نسخة: «خق»: (المودع).

(6) في نسخة: «خق»: (ينتقض العقد) وفي نسختي: «ق» و«غ»: (يبطل العقد).

(7) المنتقى 6/ 261؛ التاج والإكليل 4/ 231.

(8) في نسخة: «خق»: (وروى).

(9) وقد أجاز البدل في الصرف ابن شهاب والليث وابن عمر وأحمد بن حنبل والأوزاعي ومحمد وأبو يوسف وربيعة وابن سيرين وهو أحد قولي الشافعي واختاره المزني قياساً على العيب يوجد في السلم. ينظر: التاج والإكليل 4/ 323.

أحمد[1] يكون شريكاً له بمقدار الزائف، وإذا قلنا (بالانتقاض)[2] فهل ينتقض جميعه، أو ينتقض منه مقدار الزائف فقط، **فيه خلاف في المذهب** والشهور أنه ينتقض جميعه، وقيل: ينتقض منه ما قابل الزائف وحده، وقيل: ينتقض ما قابل ديناراً واحداً إن قابله النقض، فإن زاد انتقض على صرف دينار انتقض منه صرف دينارين[3]، وهذا إذا سمى لكل دينار ثمناً، (فإن لم يسم لكل دينار ثمناً) انتقض الصرف كله، وهو اختيار الشيخ **أبي القاسم بن الجلاب**[4] **وابن أبي زمنين (والشيخ أبي إسحاق والشيخ أبو القاسم بن محرز)**[5]**، والقاضي أبو الوليد**، وقيل: إن كان النقض يسيراً انتقض منه ما قابله وحده أو ما قابل ديناراً واحداً على قول آخر، وإن كان النقض كثيراً انتقض جميعه، وقيل: إن وجد النقص بعد (المفارقة)[6] والطول انتقض الصرف كله، وإن وجده بالحضرة فلم يرض به فله البدل ناجزاً، ولا ينتقض الصرف، ومبنى المسألة على الخلاف في العقدة إذا اجتمعت حلالاً وحراماً هل يفسخ جميعها أو يفسخ منها ما قابل الحرام فقط، وأما لو رضي بالزائف فلم يقم به [11/و] فروى **ابن وهب وابن عبد الحكم** عن **مالك** أن الصرف (لا ينتقض)[7] وروى **ابن المواز** عنه أن الصرف منتقض[8]، وقد روى عنه التفرقة بين اليسير والكثير، فأجازه في اليسير، ومنعه في الكثير.

وإذا فرقنا بين اليسير والكثير، فقد اختلف في حد اليسير فقيل

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) في نسخة: «خق»: (بانتفاض الصرف).

(3) التفريع 2/ 155 ـ 156؛ التمهيد 16/ 11؛ التاج والإكليل 4/ 325؛ مواهب الجليل 4/ 32؛ البديع 2/ 67/ و.

(4) التفريع 2/ 156. وفيه: وإن صرف عدة دنانير بدراهم، ولم يسم لكل دينار منها ثمناً، ثم وجد في الدراهم رديئاً، فأراد رده انتقض الصرف كله.

(5) في نسخة: «خق»: (وأبي إسحاق والشيخ أبي محمد).

(6) في نسخة: «خق»: (التفرقة).

(7) في نسخة: «ش»: بياض.

(8) المنتقى 6/ 261.

الدانق[1]، وقيل: ما تختلف (به)[2] الموازين[3]، واختلف في النحاس، والرصاص، هل يجعل كالمغشوش أو كالعدم إذا كان التعامل به متعذراً البتة، واختلفوا إذا قال له بعد العقدة زدني، هل تعد هذه الزيادة هبة محضة، أو ملحقة بالصرف فلها حكمه فيه قولان. وثمرة هذا الخلاف إذا وجد الزيادة زائفاً هل له رده أم لا؟ قولان، وإذا قلنا: بالرد انتقض الصرف على المشهور من أقوال المتأخرين، وقال **سحنون**: القيام كالرد[4]، ولا بد من فسخ الصرف، وإذا أجزنا (المصالحة)[5] عن الرد، فيختلف هل يجوز بكل شيء نقداً أو إلى أجل أو يشترط فيها النقد وأن يكون من جنس ما يباع به النقد فيه قولان في المذهب المشهور اشتراط ذلك، والشاذ عدم اشتراطه[6].

قال القاضي رحمه الله: «**ويجوز اقتضاء الذهب من الرق والورق من الذهب إذا حلا**»: قلت: هذا الذي ذكره (بناء)[7] على الأصل الذي حكيناه عن المذهب أن صرف ما في الذمة جائز إذا كان حالاً، وهو مشهور المذهب، وجعلوا حلوله على المشهور كحضوره من الجهتين، واشتراط القاضي حلولهما معاً وهو المشهور[8]. وتحصيل المذهب في اقتضاء أحدهما عن الآخر أنهما إن كانا حالين فقولان: الجواز، وهو المشهور[9]، والمنع وهو الشاذ، وإن لم يحلا معاً فقولان المشهور المنع والشاذ الجواز، وكذلك إذا حل أحدهما دون الآخر ففيه الخلاف الذي ذكرناه.

وصح عن ابن عباس، وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما منعا اقتضاء أحدهما عن

---

(1) الدانق: بفتح النون وكسرها سدس الدينار أو الدرهم، وجمعه دوانق ودوانيق. ينظر: مختار الصحاح ص89؛ النهاية 2/ 137؛ لسان العرب 10/ 105.
(2) في نسخة: «خق»: (فيه).
(3) المنتقى 6/ 261.
(4) المنتقى 6/ 262 ـ 263.
(5) في نسخة: «خق»: (الصلح).
(6) المنتقى 6/ 264.
(7) في نسخة: «خق»: (جار).
(8) التلقين ص111؛ المعونة 2/ 1023.
(9) المعونة 2/ 1023.

الآخر حلا أو لم يحلا[1] اعتماداً على ظاهر قوله ﷺ في حديث أبي سعيد وغيره: (**ولا تبعيوا غائباً بناجز**) وأجازه **أبو حنيفة** وإن لم يحل الأجل[2] نظراً إلى المتاركة الناجزة، وفي حديث ابن عمر قال: (**كنت أبيع الإبل بالبقيع أبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ بالدنانير، فسألت عن ذلك رسول الله ﷺ فقال: لا بأس به إن كان بسعر يومه**) خرجه **أبو داود** في السنن[3].

قوله: «ولا يجوز في الذهب بالذهب (أو)[4] الفضة بالفضة أن يكون مع أحدهما غيره قليلاً كان أو كثيراً» إلى آخره.

شرح: وهذا كما ذكره وعقد هذا الباب على مذهب **مالك** أن كل جنس فيه الربا إذا بيع بمثله فلا يجوز أن يكون مع أحد الجنسين غيره، ولا معهما جميعاً سواء كان ذلك الغير مما فيه الربا، أو مما لا ربا فيه، وأجاز ذلك **أبو حنيفة**[5] وغيره، فيجوز على نص مذهبه أن يباع (صاع)[6] من تمر وثوب بصاعي تمر، وقابل الصاع بالصاع، والثوب بالصاع الآخر، وكذلك أجاز ديناراً ودرهماً بدينارين على المقابلة (الحكمية)[7]، وهو ممتنع على مذهب **مالك**[8]، لأنه تفاضل معنوي كما نص عليه القاضي، والدليل على ما (ذهب إليه القاضي)[9] ما رواه **فضالة بن عبيد**[10] قال: (**أتى النبي ﷺ يوم**

---

(1) التمهيد 16/ 9. وفيه: . . . عن ابن عباس أنه كره اقتضاء الذهب من الورق، والورق من الذهب، وعن ابن مسعود مثله، وعن ابن عمر أنه لا بأس به.

(2) مختصر القدوري مع شرح الميداني 2/ 39 ـ 47. وهو مذهب الشافعي. ينظر: الأم 3/ 33 ـ 53.

(3) باب في اقتضاء الذهب من الورق، حديث (3354) 3/ 250.

(4) في نسخة: «غ»: (ولا)، وفي نسخة «ق»: (و).

(5) مختصر القدوري 2/ 40 ـ 41.

(6) في نسخة: «خق»: (مد).

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

(8) المعونة 2/ 1025.

(9) في نسخة: «ش»: (ما ذهبنا إليه).

(10) فضالة بن عبيد بن نافذ بن قيس الأنصاري الأوسي، أول من شهد أحداً، ثم نزل =

خيبر)[1] بقلادة فيها ذهب وخرزاً ابتاعها بتسعة دنانير، فقال ﷺ: **(لا حتى تميز بينهما) فقال إنما أردت الحجارة فقال: لا حتى تميز بينهما)**[2] وهذا نص في محل الخلاف.

قال القاضي رحمه الله: **«ولا يجوز دينار ذهب عال ودينار دون بدينارين (وسط)[3]»**: وهذا كما ذكره القاضي ون ذلك داخل تحت التفاضل المعنوي، وأصل المذهب أن المبادلة في النقدين يطلب فيها التساوي، ولها بعد ذلك وجهان: إما العدد، وإما المراطلة، والتساوي هو الأصل فيهما من غير زيادة ولا نقصان، كانت الزيادة من جنس ما تراطلاً به، أو من غير جنسها لأنهم أجازوا أن يبدل الناقص بالوازن على وجه المعروف والرفق في اليسير دون الكثير مع تساوي الفضتين، أو الذهبين، وإنما خصوه باليسير بناء على أن العادة تقتضي المسامحة في اليسير دون الكثير، ولم يختلف (المذهب)[4] أنه ممتنع في الكثير، واختلف في حديث اليسير، فقال بعض المتأخرين في ضبط ذلك أما الثلاثة دنانير فيجوز قولاً واحداً، وأما فوق ستة دنانير فيمتنع قولاً واحداً، وما بين ذلك ففيه قولان[5] الجواز والمنع والتحديد بناء على العادة.

قال القاضي رحمه الله: **«الدينار والدينارين في حد اليسير وقيل: الثلاثة»**[6]: وفي كتاب **محمد** الستة دنانير، واختلفوا في حد النقص أيضاً،

= دمشق، وولي قضاءها ومات سنة (58هـ ـ 678م). ينظر: تقريب التهذيب ص445.

(1) في نسخة: «ش»: (حنين) والثابت في السنة (خيبر) وهو ما في نسخة: «خق».

(2) حديث: **(أتى النبي ﷺ يوم خيبر بقلادة...)**: صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب، حديث (1591) 3/ 1213؛ سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في حلية السيف يباع بالدراهم، حديث (3351) 3/ 249؛ سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في شراء القلادة وفيها ذهب وخرز، حديث (1255) 3/ 556؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب بيع القلادة فيها الخرز والذهب بالذهب، حديث (4573) 7/ 279.

(3) ساقطة في نسخة: «غ».

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) البديع شرح التفريع 2/ 67/و.

(6) هذه العبارة غير واردة في تلقين القاضي عبد الوهاب بمختلف نسخه الخطية، ولا في كتابيه المعونة، والإشراف. وربما ذكر هذا في غيرها.

فقيل: (الدانق)[1]، وقيل: الدانقان وهو خلاف في حال[2].

فرع: إذا اشترطنا تساوي النقدين فكان الأنقص أطيب امتنعت المبادلة اتفاقاً لخروجها عن باب المعروف إلى المكايسة، وإن كان الأرجح أفضل فقولان: الجواز **لابن القاسم**، لأنه أبلغ في المعروف، والمنع **لمالك**[3] لأمرين أحدهما الرجوع إلى حكم الأصل، ومقتضاه مع التفاضل بين الذهبين، فخرجت الصورة المتفق على جوازها، وهي مع تساوي النقدين، ورجع ما عداها إلى حكم الأصل، (وثانيهما اعتبار المثال)[4] لاختلاف نفاق السكة في (المثال)[5]، فيتوهم فيه المكايسة، وكذلك روى عن **مالك** (أنه [11/ظ] منع)[6] اقتضاء السمراء[7] من المحمولة[8]، واقتضاء القمح من الشعير قبل الأجل إذا كان من قرض اعتباراً بالمثال، والأصح جوازه[9].

قوله: «وتجوز المراطلة وهي الذهب بالذهب متماثلاً في الميزان بغير صنجة» وهذا كما ذكره، لأن المطلب من التماثل حاصل باستواء المكفتين، واختلفوا في فروع:

الأول: اختلف المتأخرون في المراطلة بالمسكوك قبل أن يعلم وزنه، وفيه قولان: المنع، لأنه جزاف، والجواز اعتباراً بتساوي الكفتين[10].

الفرع الثاني: اختلفوا في السكة والصياغة هل (هي معتبرة في المراطلة

---

(1) في نسخة: «ش»: (السدس).

(2) الجواهر الثمينة 2/ 291.

(3) التاج والإكليل 4/ 334. وفيه: ... الأزيد إذا كان أجود سكة فهو جائز، وهذا هو قول ابن القاسم، وأما مالك فمنعه قالوا لأن اجتماع النقص مع الرداءة بمنزلة ما نقص منه أكثر من سدسه.

(4) في نسخة: «خق»: (ومبناها اعتبار الحال).

(5) في نسخة: «خق»: (الحال).

(6) ساقطة في نشخة: «خق».

(7) السمراء: بالمد الحنطة. ينظر: مختار الصحاح ص131؛ المصباح المنير 1/ 288.

(8) المحمولة: القمح. ينظر: المدونة 8/ 826.

(9) المدونة 8/ 433 ـ 434.

(10) المنتقى 6/ 265.

كما في الاقتضاء، لأنهما مقصودان، أو غير معتبرة)[1] قولان بين المتأخرين[2]، فإن اعتبرناها امتنع مراطلة المسكوك والمصوغ بغيره من التبر والمسكوك، وإن لم نعتبرها أجزنا ذلك، والأول أصح لأنها مقصودة فيدخل ذلك تحت التفاضل المعنوي كسلعة وفضة، بسلعة وفضة.

الفرع الثالث: إذا اختلفا في الجودة والرداءة، واختلطا في الكفتين امتنعت المراطلة وإن انفردا فكان الرديء كله في كفة واحدة، والجيد في كفة أخرى، جازت المراطلة لحصول التساوي وزنا.

قوله: «**ولا يجوز أن ينضم إلى الصرف عقد بيع إلا في (اليسير)**[3] **يكون تبعاً**» قلت: اختلف (المذهب)[4] في اجتماع الصرف والبيع على ثلاثة أقوال: المنع مطلقاً في اليسير والكثير، والثاني الجواز مطلقاً في اليسير والكثير، وهو قول **أشهب**، واستقرأه **اللخمي** من كتاب **محمد**[5]، والثالث جوازه إن كان أحدهما يسيراً، ولا يجوز ذلك في الكثير، وذلك النكاح والبيع والقراض والمساقاة، وهذه العقود المختلفة الأحكام على القولين المشهور المنع، والشاذ الجواز[6]، وإذا قلنا بالمنع فله علتان أحدهما أنه معلل باعتبار المثال لإمكان الاستحقاق، فيقع التأخير في الصرف، والثاني: أنه معلل بتناقض الأحكام وإذا فرعنا على اعتبار الجواز في اليسير فكان البيع، والصرف في دينار واحد، فهل يطلب فيه أن يكون أحدهما تبعاً للآخر أم لا؟ قولان في المذهب المشهور أنه لا يعتبر ليسارة الدينار في نفسه، وقيل: إنه معتبر، وإذا قلنا بالاعتبار، فما مقدار اليسير، قال في كتاب **محمد** الثلث فما

---

(1) في نسخة: «خق»: (هما معتبرتان وفيه).

(2) المنتقى 6/ 266؛ التاج والإكليل 4/ 335. وفيه: السكة والصباغة والعدد ملغاة في المراطلة ابن بشير المشهور أنه لا يدور فضل بسكة زائدة على العين، وإنما هي علامة يميز بها، ابن يونس: ظاهر النصوص أن لا يراعى سكة ولا صياغة.

(3) في نسخة: «غ»: (يسير).

(4) في نسخة: «خق»: (الناس).

(5) التبصرة للخمي 3/ 64/و؛ مخطوط نسخة: «خق» رقم المكروفلم 242.

(6) المعونة 2/ 1027؛ المنتقى 6/ 253؛ بداية المجتهد 2/ 325 ـ 326؛ القوانين الفقهية ص172.

دونه، قال القاضي **أبو محمد** الدرهم فما دونه، وقال: في موضع آخر نصف الدرهم، وحصله بعض المتأخرين قال: إما أن يكون الصرف إلا فيما دون الدينار، فإن كان البيع أكثر، والصرف أقل فلا خلاف أنه لا يجوز أن يكون الصرف تبعاً أو البيع تبعاً، وإن كان الصرف أكثر والبيع تبعاً جاز، واختلفوا في قدر ذلك فمنهم من اعتبر أن تكون قيمة العرض أقل من صرف دينار كما يعتبر في الدراهم قدر ذلك، وهو اختيار الشيخ **أبي موسى بن مناس**، واعتبر بعضهم الثلث حكاه الشيخ **أبو القاسم بن محرز**، وقال بعضهم دون الثلث، وقال: بعض العراقيين من المالكية النصف تبع، وبالزيادة عليه يخرج من حد البيع، وهذه (الروايات)[1] منصوص عليها في اعتبار التبعية في السيف المحلى، وهي جارية في هذا المحل)[2][3].

قال القاضي رحمه الله: **«ومن باع بنقد أو (اقترض)[4] ثم بطل التعامل به لم يكن (له)[5] عليه غيره إن وجد وإلا فقيمته إن فقد»**: قلت: وهذا كما ذكره أن المراعى هو النقد الذي وقع التعامل به، فإن عدم ذلك انتقل إلى قيمته، واختلف قوله **مالك** في الفلوس، والصحيح أنها كالدراهم إذا تعامل الناس (بها، إذ)[6][7] الحكم ليس متعلقاً (بعين)[8] النقدين، بل (بالمقصود)[9] منها وهو متساو، ثم ذكر شراء تراب المعادن، وشراء تراب (الصواغين)[10].

وقد اختلف أهل العلم في ذلك، فمنع **الشافعي** الوجهين[11]، وأجازه

(1) في نسخة: «خق»: (الرواية).
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) المنتقى 6/ 250.
(4) في نسخة: «غ»: (اقتراض).
(5) ساقطة في نسخة: «خق» ونسخة: «ش» و«ق».
(6) في نسخة: «خق»: (بهذا).
(7) التفريع 2/ 154 ـ 158.
(8) ساقطة في نسخة: «خق».
(9) في نسخة: «ش»: (المقصود).
(10) في نسخة: «خق»: (الصاغة).
(11) المهذب 1/ 274.

غيره فيهما، **ومالك** رَحِمَهُ اللَّهُ (فصل)[1]، فأجاز شراء تراب المعادن ومنعه في الصواغين، لأن غالبه الخطر والغرر بخلاف تراب المعادن[2].

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«يجمع بيع الغرر[3] ثلاثة أوصاف»**، إلى آخر الفصل.

شرح: وقع في هذا الموضع روايتان: الرواية الصحيحة: «يجمع بين الغرر ثلاثة أوصاف» (وفي رواية: «يمنع بين الغرر لثلاثة أوصاف)[4] والرواية الأولى أحسن في المعنى، والمقصود حنيئذٍ ضبط أنواع الغرر وهو مقتضى الفصل. وجعل القسم الثالث وهو الخطر عين الثاني وهو الجهل، ونوع قسم الجهل (أنواعاً)[5]، والخطر راجع إلى الجهل، فأما المغايرة بينهما فلا تتحقق على ما وصفنا، وأشار القاضي إلى أن كثيراً منها تتداخل.

قوله: «فأما ما يرجع إلى تعذر التسليم فكالآبق والضالة والشارد والمغصوب» إلى آخر التمثيل أم العبد الآبق، والبعير الشارد فيمتنع بيعه مع جميع ما مثل به من ذلك، لما ذكره من تعذر التسليم والجهل بصفة المبيع، لأن ذلك كله مجهول الصفة إلا المغصوب في بعض أحواله، فإنه قد يكون حاضراً مرئياً، فإن كان الآبق (معلوم الصفة)[6]، معلوم المكان (مثقفاً)[7] فيه

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق»: (أنواعاً).

(2) المدونة 9/ 19: وفيها: قلت وما الفرق بين تراب الصواغين في البيع، وتراب المعادن عند ماكل قال تراب المعادن حجارة معروفة يراها. وينظر: إليها، وتراب الصواغين إنما هو رماد لا يدري ما قفيه فلذلك حرمه.

(3) والغرر كما عرفه ابن عرفة: ما شك في حصول أحد عوضيه أو مقصود منه غالباً. وقبله قال المازري: الغرر ما تردد بين السلامة والعطب، وأجمع علماء الأمة على منع بين الغرر إلا إذا كان يسيراً فيتفقر كبيع البيوع مع الجهل بالأساس، وبيع الجوز واللوز بقشره، وغيره ذلك، لورود النهي في الغرر فإن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر. ينظر: حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 1/ 350؛ شرح الزرقاني على الموطأ 3/ 313؛ مواهب الجليل 4/ 362.

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) في نسخة: «خق»: (أنواعاً).

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

بحيث لا يمكن فراره فتبايعاه فهو حينئذٍ من باب بيع (الغائب)[1]، فيشترط فيه ما يشترط في الغائب المبيع على الصفة، فانظر كيف رجعت الأنواع الثلاثة إلى قسم الجهل، وإن اختلفت أنواعه واعتباراته.

قوله: «وبيع الأجنة واستثنائها»: أما بيعها فظاهر المنع [12/و] وأما استثناؤها فممتنع بناء على أن المستثنى مبيع لا مبقى على ملك البائع.

قوله: «وحبل الحبلة» وهو نتاج ما تنتجه الناقة[2]، وهو أيضاً ممتنع للتعذر والجهل معاً، وقد صح النهي عن بيع حبل الحبلة. واختلف العلماء في تأويله، فقيل: كان أهل الجاهلية يجعلونه أجلاً، فيقولون أبيعك بِكَذَا إلى أن تنتج الناقة، وتنتج نتاجها، وقيل: هو بيع نتاج النتاج، فكانوا يجعلونه مبيعاً لا أجلاً، وكلا الوجهين محرم[3]، والمضامين بيع ما في ظهور الفحول، والملاقيح بيع ما في ظهور الإناث، هذا هو المشهور من أقوال العلماء وهو قول **(مالك)**[4] وعكسه آخرون[5].

قوله: «وأما ما يرجع إلى الجهل فيتنوع» وجميع هذه الأنواع التي مثل بها (ظاهرة المنع)[6] وأما قوله: بعتك ما في كمي فالجهل فيه بالذات والصفة ظاهر.

قوله: «بعتك ثوباً في بيتي» فهو كالأول في الجهل، (ويخالفه)[7] من

---

(1) في نسخة: «خق»: (الآبق).

(2) حبل الحبلة: بفتح الحاء الموجودة فيهما، إلا أن الأول مصدر حبلت المرأة والثاني اسم جمع حابل كظالم وظلمة، وكاتب وكتبة. وهو أن تنتج الناقة، ثم تحمل التي نتجت، وقيل هو بيع ولد الناقة الحامل في الحال. ينظر: شرح الزرقاني على الموطأ 3/ 343؛ التاج والإكليل 4/ 363.

(3) النوادر 6/ 150؛ شرح الزرقاني على الموطأ 3/ 384.

(4) كذا في النسختين ولعل الصواب (ابن حبيب)، قال في النوادر: 6/ 149: قال ابن حبيب: المضامين ما في ظهور الفحول، والملاقيح ما في بطون الإناث.

(5) يعني أن المضامين ما في بطون الإناث، والملاقيح ما في ظهور الذكور. وهاذ هو قول مالك، قال في الموطأ 2/ 654: والمضامين بيع ما في بطون إناث الإبل، والملاقيح: بيع ما في ظهور الجمال.

(6) في نسخة: «خق»: (ظاهر المعنى).

(7) في نسخة: «ش»: (ومخالف له).

حيث أن الجهل في الصورة الأول متعلق بذات المبيع وصفته، وفي القسم الثاني بصفته كما أشار إليه فإن قال له: بعتك ثوباً في بيتي على صفة كذا فهو ممنوع، لأنه من باب بيع الحاضر على الصفة وعندنا قولان في جواز بيع الحاضر على الصفة، والمشهور امتناعه[1]، لأن الرجوع إلى الصفة إنما (أجزناه)[2] لتعذر الرؤية في الغالب بخلاف الحاضر.

قوله: «**ومنعه البيعتان في بيعة**»[3]: وهذا راجع إلى الجهل بذات المبيع (وثمنه وقد صح نهي النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة»[4].

قوله: «**ومنه**[5] **بيع اللحم في جلده**»: راجع إلى الجهل بصفة المبيع، وذلك شرط الخيار الممتد)[6]، لأن المبيع قد تتغير صفته مع طول المدة غالباً.

قوله: «**وأما الخطر فبيع ما لا يرجى سلامته كالمريض في السياق، وما لا يدري أيسلم أم يتلف**»: ومثل ذلك بالثمرة قبل بدون صلاحها، وقد أشار ﷺ إلى علة ذلك فقال: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأكل أحدكم مال أخيه» والمراد شراؤها على التبقية، وأما شراؤها قبل طيبها على الجذ، والمنع تغليباً لحكم الإبقاء إذ هو المقصود الأغلب في الثمار، وفسر القمار ببيع الملامسة[7] وهو أيضاً راجع إلى الجهل (بصفة المبيع)[8]، وفصل القمار عن

---

(1) مواهب الجليل 4/ 286.

(2) في نسخة: «ش»: (أجازه).

(3) البيعتان في بيعة: معناه تناول عقد البيع لزوماف ببيعتين على أن لا يتم منهما إلا واحدة. ينظر: حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 1/ 151.

(4) حديث: (**نهي النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة**): سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، حديث (1231) 3/ 533؛ سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب شرطان في بيع، حديث (3461) 3/ 274؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب شرطان في بيع، حديث (4631) 7/ 95ف.

(5) في نسخة: «غ»: زيادة (وضع).

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) بيع الملامسة: هو بيع الثوب المطوي لا ينشر، ولا يعلم ما فيه قيل الثوب ونحوه، لا كلفة فيه، ولا كبير مشقة في نشره. ينظر: المدونة 10/ 206؛ التاج والإكليل 4/ 294؛ الشرح الكبير 3/ 56.

(8) في نسخة: «خق»: (صفته).

الخطر، وجعله ههنا قسماً متميزاً بنفسه عن الخطر، وجعلهما في أول القسم قسماً واحداً، وفسر بيع الحصاة، وهذه كلها بيوع ثبت النهي عنها، وكانت معلومة في الجاهلية، وهي (تنيف عن الثلاثين)[1] بيعاً فاطلبها في (كتاب شرح)[2] الأحكام.

قوله: «تأكد الغرر لكثرة أسبابه ظاهر»: وانظر هل يلزم (تأكد)[3] التحريم أم لا؟ ومبنى المسألة على نظر أصولي وهو هل يقال هذا أوجب من هذا، أو هذا أحرم من هذا أم لا والصحيح أنه (مقول)[4] من جهة كثرة المحرمات، وباعتبار كثرة الزواجر، وتعدد الأوامر وتضاعف الثواب (والعقاب)[5] لا باعتبار نفس الحقيقة إذ المعقول من الواجب والحرام شرعاً لا يختلف.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«وأما ما يرجع إلى الحال فبيع الإنسان على بيع أخيه»**.

شرح: روى **مالك** عن **أبي الزناد** عن **الأعرج** عن **أبي هريرة** أن رسول الله ﷺ قال: **(لا تلقوا الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا تصوروا بالإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً[6] من تمر)**[7]

---

(1) في نسخة: «خق»: (ستة وثلاثون).

(2) في نسخة: «خق»: (كتابنا لشرح).

(3) في نسخة: «ش»: (منه).

(4) في نسخة: «خق»: (منقل) والأنسب ما أثبته من نسخة: «ش».

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) حديث: **(لا تلقوا الركبان للبيع...)**: صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن يحفل الإبل، حديث (2043) 2/ 755؛ صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، حديث (1515) 3/ 1155؛ سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب من اشترى مصراة فكرهها، حديث (3443) 3/ 270؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب النهي عن المصراة، حديث (4487) 7/ 253؛ موطأ مالك، كتاب البيوع، باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة، حديث (1366) 2/ 683.

(7) و«صاعاً» بالنصب على أن الواو بمعنى «مع» أو لمطلق الجمع، لا مفعولاً معه، لأن جمهور النحاة على أن شرط المفعول معه أن يكون فاعلاً نحو، جئت أنا وزيداً. ينظر: شرح الزرقاني على الموطأ 3/ 29ط.

ولا خلاف بين العلماء في صحة نهيه ﷺ عن ذلك، وفي الصحيح من طريق آخر عن النبي ﷺ أنه قال: ((لا يبع)[1] **أحدكم على بيع أخيه ولا يسم على سومه، ولا يخطب على خطبته)** وقد اختلف العلماء في تأويل قوله ﷺ: **(لا يبع أحكم على بيع أخيه)** فقال: **مالك**[2] **وأبو حنيفة**[3] المعنى لا يسم على سومه وردا معنى قوله ﷺ: **(لا يبع أحدكم على بيع أخيه)** إلى معنى **نهيه ﷺ عن أن يسوم أحدكم على سوم أخيه**، وذلك إذا ركن البائع إلى (السائم)[4] ولم يبق بينهما إلا اختبار الذهب، أو اشتراط العيوب أو البراءة، ولهذا كره بعض أهل العلم بيع المزايدة[5] في إلحاقه خوفاً من الوقوع في ذلك، وقال **الشافعي**: معنى نهيه ﷺ عن أن يبيع البعض على بعض البعض إذا تم البيع بينهما باللسان، ولم يفترقا بالأبدان[6] فأما آخر هو أن يعرض عليه سلعة هي خير منها. وقال **الثوري**: معنى النهي عن ذلك أن لا يطرأ رجل آخر على المتبايعين قبل تمام البيع، فيفسد البيع بينهما[7]، وهو راجع إلى ما ذكرناه، وفسره الشيخ **أبو القاسم** فقال: «ولا يجوز أن يبيع الرجل على بيع الرجل

---

(1) في نسخة: «خق»: (لا يبيع) وهي رواية، على اعتبار أن «لا» نافية، وليست ناهية. ينظر: شرح الزرقاني 3/ 427.

(2) الموطأ 2/ 683. قال مالك: وتفسير قول رسول الله ﷺ فيما نرى - والله أعلم - لا يبع بعضكم على بيع بعض أنه إنما نهى أن يسوم الرجل على سوم أخيه إذا ركن البائع إلى السائم. . . .

(3) البحر الرائق 5/ 277. وفيه: لا يبع أحدكم، أي لا يشتري، لأن النهي فيه على المشتري، لا على البائع بدليل رواية البخاري: **(لا يبتاع أحدكم)** ويريد: يحرم سوم الرجل على سوم أخيه.

(4) في نسخة: «خق»: (المبتاع).

(5) بيع المزايدة: هي أن ينادي على السلعة، ويزيد الناس فيها بعضهم على بعض حتى تقف على آخر زائد فيها فيأخذها. وحده ابن عرفة بأنه: بيع لم يتوقف ثمن مبيعه المعلوم قدره على اعتبار ثمنه في بيع قبله إن التزم مشتريه ثمنه على قبول الزيادة. ينظر: القوانين الفقهية ص175؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 383؛ الفواكه الدواني 2/ 72.

(6) مغني المحتاج 2/ 37.

(7) بداية المجتهد 2/ 269.

وذلك أن يوقف السلعة للبيع فيركن المشتري إليه، فيأتي رجل آخر فيعرض عليه سلعة مثل تلك السلعة بأدنى من ثمنها ليفسد على البائع ما شرع فيه من البيع ولا يجوز أن يسوم على سوم أخيه، وذلك أن يدفع في السلعة ثمناً، ويركن البائع إلى عطيته فيأتي رجل آخر فيزيد للبائع في ثمنها ليفسد على المشتري»[1]، واختلف العلماء [12/ظ] في هذا البيع إذا وقع، فقال قوم من أهل العلم: فمن فعله أساء ويستغفر الله وليتب، وليعرض السلعة على الذي دخل عليه فيها، فإن أراد أن يأخذها بالثمن الذي اشتراها به فليسلمها له[2]. وقال **داود** وأصحابه إن وقع ذلك فسخ على كل حال[3]، إذ النهي يقتضي فساد المنهي عنه، وهو الذي حكاه القاضي عن المذهب في البيع والنكاح[4]، وروى عن **مالك** أن البيع يفسخ ما لم يفت وكذلك النكاح[5]، وأنكره **ابن الماجشون** في البيع وقال: إنما قال ذلك **مالك** في النكاح واختلف العلماء هل يدخل الذمي تحت هذا النهي أم لا؟ قال الجمهور: لا فرق في ذلك بين الذمي وغيره[6]، **وقال الأوزاعي**: لا بأس بالسوم على سوم الذمي، إنما ذلك للمسلم[7].

قوله: «**ومنه بيع النجش**» أيضاً من الفساد الراجع إلى حال العقد كالأول. والنجش في اللغة: الزيادة[8]، وقال بعض أهل اللغة النجش مدح الشيء وإطراؤه[9]، فمعناه لا يمدح أحدكم السلعة ويزيد في ثمنها، وهو لا يريد شراءها، وقال بعضهم؛ أصل النجش في اللغة تنفير الوحش من مكان إلى مكان[10]، ومعناه

(1) التفريع 2/ 166 ـ 167.
(2) النوادر 6/ 441.
(3) بداية المجتهد 2/ 270.
(4) التلقين ص113؛ المعونة 2/ 1032.
(5) النوادر 6/ 442.
(6) النوادر 6/ 442؛ التمهيد 13/ 318.
(7) التمهيد 13/ 318؛ بداية المجتهد 2/ 270.
(8) لسان العرب 2/ 549، 6/ 351.
(9) شرح الزرقاني 4/ 332.
(10) النهاية في غريب الحديث 5/ 20.

في البيع: تنفير الناس عن شيء مّا إلى غيره[1]، وقال بعض اللغويين[2]: أصل النجش الختل، ومنه قيل للصائد ناجش لأنه يختال الصيد، ويحتال عليه[3]، والنهي عن هذا البيع لما فيه من الفساد والضرر وسواء كان الناجش من سبب البائع ممن دسه يريد نفعه، أو ممن لا يريد الإضرار بالمشتري، وإن لم يقصد نفع البائع. واختلف العلماء في هذا البيع إن وقع أيضاً، فقالت طائفة من العلماء: هو مفسوخ لصحة النهي عنه، والنهي يدل على فساد النهي عنه وهذه رواية **ابن الجهم** (والقزويني)[4] عن **مالك**[5]، وبه قال أهل الظاهر[6]، وقال أبو حنيفة: الناجش آثم، والبيع تام.

قال الإمام **أبو عبد الله** المشهور من مذهب **مالك** أنه ليس بمفسوخ كالمصراة، لأن علة النهي (معقولة)[7]، وللمشتري الخيار بين الرد وأخذها بقيتهما ما لم تزد على الثمن[8] وسئل **مالك** عن ثلاثة (شركاء في سلعة)[9] أرادو التفاضل فيها، فقال أحدهم لآخر: أمسك عن الزيادة فيها إذا تقاومناها ليقتدي بك الثالث، وهو بيني وبينك، فنهى عن ذلك، ورآه في معنى النجش، وأجازه **أصبغ وابن حبيب** ولم يجعلاه نجشاً، ولا في معناه[10]، لأن النجش

---

(1) بأن يزيد أحد في سلعة، وليس في نفسه شرائنا، يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشتري. ينظر: بداية المجتهد 2/ 272.

(2) في نسخة: «خق»: (القرويين).

(3) غريب الحديث لابن قتيبة 2/ 199.

(4) في نسخة: «خق»: (والقرويين). والصواب ما أثبته من نسخة: «ش»، والقزويني هو أحمد بن محمد بن زيد أبو سعيد، عالم بالحديث زاهد، له كتب في الخلاف، توفي بعد سنة (390هـ). ينظر: الديباج 1/ 162.

(5) الجواهر الثمينة 2/ 428. وفيه: قال الإمام أبو عبد الله: المشهور من المذهب أنه ليس بمفسوخ كبيع المصراة قال: وحكى القزويني عن مالك أن البيع مفسوخ للنهي الوارد من النجش، والنهي يدل على فساد المنهى عنه، قال: وهكذا قال ابن الجهم.

(6) بداية المجتهد 2/ 273.

(7) في نسخة: «خق»: (معنوية).

(8) التمهيد لابن عبد البر 13/ 348؛ مواهب الجليل 4/ 378.

(9) ساقطة في نسخة: «خق».

(10) الجواهر الثمينة 2/ 428 ـ 429.

هو الزيادة، وهذا (إمساك)[1] لا زيادة[2].

وقوله: «ومنه تلقي السلع قبل أن تورد للأسواق» وصح أيضاً النهي عن ذلك[3]، وقد اختلف العلماء في نهيه ﷺ عن ذلك هل هو لحق أهل السوق، أو لحق البائع خوفاً أن يغبنه، (أو حق عام بأن يبيعه)[4] ويسترخص في الشراء منه، فقال **مالك**: لحق أهل السوق، وقال **الشافعي**: هو حوطة على البائع[5]، فإن قيل: يلزم على مقتضى قول **الشافعي**: أن يكون نهيه ﷺ (عن التلقي)[6] معارض لنهيه عن أن يبيع الحاضر للبادي[7][8]، (إذ علة النهي عن التلقي أن لا يغبن البدوي، وعلة البيع عن بيع الحاضر للبادي أن لا يستقصي للبادي)[9] بحيث يسترخص منه، قلنا: أجاب عنه علماؤنا ﷺ، فقالوا المصلحة الراجحة العامة أولى من المرجوحة الخاصة وبيان ذلك أن مصلحة التلقي خاصة للمتلقي، وليس مصلحته بأولى من مصلحة البائع للبادي فتعين النهي لمعنيين: الأول: رجحان جانب أهل السوق واعتبار مصلحتهم أولى. والثاني: مقابلة مصلحة المشتري المتلقي بالبائع المتلقى فحيث تساوى (النظر في)[10] مراعاة ذلك، فإن مراعاة صاحب الملك أولى تغليباً للأرجح، ولما كان في مباشرة

---

(1) في نسخة: «خق»: (المسألة).

(2) في نسخة: «خق»: زيادة (فيها).

(3) حديث: **(لا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق)**: صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان، حديث (2057) 2/ 759؛ صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم تلقي الجلب، حديث (1517) 3/ 1156.

(4) ساقطة في نسخة: «ش».

(5) بداية المجتهد 2/ 271.

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) حديث النهي عن بيع الحاضر بالبادي: صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي، حديث (1521) 3/ 1157؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب بيع الحاضر للبادي، حديث (4492) 7/ 256.

(8) قيل لابن عباس ما معنى قوله: **(لا يبع حاضر لبادي)** قال لا يكون له سمساراً. ينظر: سنن النسائي 7/ 257.

(9) ساقطة في نسخة: «ش».

(10) في نسخة: «خق»: (النظرين).

البدوي للبيع بنفسه[1] سبيل إلى الرخص على أهل السوق، ورجح جانبه على جانب البائع البدوي، لأن الأشياء عندهم بغير ثمن فقويت المصلحة الراجحة في المجلس، (وعاد)[2] الأصلان إلى معنى واحد[3]. وقد اختلف العلماء في حكم التلقي إذ وقع بعد اتفاقهم على النهي عند ابتداء، وأن فاعله إن عاد إليه بعد النهي أدب، فروى **ابن حبيب** أن السلعة تنزع من يده، وترد (على بائعها وهو اختيار ابن المواز)[4] وروى عن **ابن القاسم** أنه يؤدب وتنزع السلعة من يده وترد لأهل السوق، فيشترك فيها أهل السوق من أهل الحاجة إليها من التجار وغيرهم، فالربح له والوضيعة عليه، وروى عن **ابن القاسم** أنه يؤدب ولا تنزع السلعة من يده، فإن حصل ذلك، قلت: هل تنزع السلعة من يده أم لا؟ فيه قولان عندنا، وإذا قلنا إنها تنزع فهل ترد إلى البائع أو إلى أهل السوق قولان عندنا[5] أيضاً، ومبنى ذلك على اختلافهم في علة النهي هل هي حق للبائع أو لأهل السوق.

فرع: اختلف المذهب في حد التلقي ففي الواضحة عن **مالك** لا تلقى السلع وإن كانت على مسيرة يوم أو يومين، وعن **مالك** أيضاً أنها تتلقى فيما كان بعيداً، وهو ما زاد على الميل، وقيل: عنه ما زاد على الفرسخين فلا بأس بالتلقي فيه[6]، وجعله في (حد)[7] اليسير.

وفي صحيح **مسلم** من حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: **(لا**

---

(1) في نسخة: «خق»: زيادة (لا).

(2) في نسخة: «ش»: (ودعا) وهو خطأ نسخي.

(3) وعلة النهي عن بيع الحاضر للبادي أن أهل البادية عادة لا يعرفون تفاصيل أسعار السوق، وهذا يعني أن الحكم عام على كل من لا يعرف هذه الأسعار سواء ورد إلى السوق من البادية أو المدينة. ينظر: الشرح الصغير 3/ 113.

(4) في نسخة: «خق»: (أهل السوق فيشترك فيها أهل الحاجة إليها من التجار وغيرهم فالربح له والوضيعة عليه) والصواب ما أثبته من نسخة: «ش». ينظر: النوادر 6/ 446.

(5) النوادر 6/ 446.

(6) النوادر 6/ 444؛ بداية المجتهد 2/ 271.

(7) في نسخة: «ش»: (حيز).

تلقوا الجلب فمن تلقى منه شيئاً فاشتراه فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق[1] **وهذا حديث متفق على صحته، (ومقتضى القول به)**[2].

قوله: «**ومنع بيع الحاضر للبادي**»: قلت: صح النهي عن ذلك أيضاً، قال **ابن وهب**: ومن فعل ذلك زجر، ولم يبلغ به الأدب[3]، وإنما ذلك ليتمكن غبنه، إذ هو جاهل بالأسعار فيترك أهل الحاضرة لاسترخاص منه، والارتفاق به، إذ الأشياء تأتيهم عفواً بخلاف [13/و] أهل (الحاضرة)[4].

واختلفوا في البادي المراد في الحديث، هل كل وارد على مكان، ولو كان من أهل المدينة، وقيل: المراد به سكان البوادي فقط[5]، والتفسيران في المذهب وعندنا فروع: مختلف فيها)[6]:

الأول: لا خلاف عندنا أنه لا يبيع حاضر لبادي، وهل يشتري الحضري للبدوي أم لا؟ فيه قولان[7] فقيل: لا يشتري له كما لا يبيع له ليتمكن للحضري غبنه ترجيحاً لأهل الحواضر في ذلك عليهم، وقيل: يشتري له، لأن علة النهي (في البيع)[8] منتفية (في الشراء له)[9]، وهو قول **ابن حبيب**[10].

الفرع الثاني: هل يخبر الحضري البدوي بالقيمة ينصحه، ويشير عليه إذا

---

(1) حديث: (**لا تلقوا الجلب...**): صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم تلقي الجلب، حديث (1519) 3/ 1157؛ سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية تلقي البيوع، حديث (1221) 3/ 524؛ سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في التلقي، حديث (3437) 3/ 269؛ سنن النسائي، كتاب البيوع باب التلقي، حديث (4501) 7/ 257؛ سنن ابن ماجه، كتاب البيوع. باب النهي عن تلقي الجلب، حديث (2178) 2/ 735.

(2) في نسخة: «ش»: (وبمقتضاه أقوال).

(3) النوادر 6/ 449،

(4) في نسخة: «خق»: (الحواضر).

(5) النوادر 6/ 447 ـ 448؛ الشرح الصغير 3/ 113.

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) النوادر 6/ 448؛ المعونة 2/ 1034؛ البداية 2/ 271.

(8) ساقطة في نسخة: «خق».

(9) ساقطة في نسخة: «خق».

(10) النوادر 6/ 448؛ البداية 2/ 271.

استشاره أم لا؟ فيه قولان، فروى عن **مالك** أنه لا يشار على أهل البادية في بيع سلعهم التي يأتون بها إلى الحاضرة، ولا يخبرون بالسعر، وجعل إخبارهم بالسعر كالمشورة، والمشورة كالبيع، وروى عنه جواز ذلك[1]، لأنه مقتضى النصيحة الإيمانية والأخوة الإسلامية، قال ﷺ: **(الدين النصحية)**[2] وبمثله قال **أبو حنيفة** وأصحابه[3]، وفي حديث جابر قال: قال رسول الله ﷺ: **(لا يبع حاضر لبادي ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض)**.

الفرع الثالث: إذا وقع هذا البيع المنهي عنه، هل يفسخ أم لا؟ قولان مبنيان على النهي هل يدل على فساد المنهي عنه[4].

قوله: «ومنه البيع يوم الجمعة بعد النداء»: وهذا البيع أيضاً منهي عنه لقوله تعالى: ﴿وَذَرُوا۟ ٱلْبَيْعَ﴾ واختلف المذهب في فروع:

الأول: هل يفسخ هذا البيع أم لا؟ فالمشهور أنه يفسخ مطلقاً، وعن **ابن الماجشون** يفسخ في حق من اعتاد ذلك وتكرر منه، وفي المجموعة لا يفسخ[5].

الفرع الثاني: ما في معنى البيع كل مشغل كالنكاح والإجارة على المشهور.

الفرع الثالث: إذا قلنا بفسخه فذلك ما لم يفت، فإن فات فهل يمضي بالثمن، إذ هو فاسد في الثمن، أو بالقيمة خوفاً من تتميم البيع الفاسد، فيه قولان عندنا.

الفرع الرابع: إذا فات ومضى بالقيمة، فمتى يقوم هل بعد الصلاة، وهو

---

(1) بداية المجتهد 2/ 272.

(2) حديث: **(الدين النصيحة)**: صحيح مسلم، باب بيان أن الدين النصيحة، حديث (55) 1/ 74؛ سنن الترمذي، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في النصيحة، حديث (1026) 4/ 324؛ سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب في النصيحة، حديث (4944) 4/ 286؛ سنن النسائي، كتاب البيعة، باب النصيحة للإمام، حديث (4197) 7/ 156.

(3) الهداية شرح البداية 3/ 53؛ بداية المجتهد 2/ 272.

(4) النوادر 6/ 449؛ المعونة 2/ 1034؛ بداية المجتهد 2/ 272.

(5) الكافي ص54 ـ 355؛ القوانين ص171.

وقت الإباحة، أو وقت البيع بناء على تقدير (الجواز)[1] لإمكان اختلاف القيم قولان عندنا، وثمرة ذلك إذا اختلفت القيمة في الزمانين.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«وبيع الأعمى وشراؤه جائز»**.

شرح: الأعمى يمكنه العلم (بالبيع)[2] ذاتا وصفة من طريق الإخبار، فإذا حصل عنده العلم بالمبيع جاز العقد اعتباراً بالصحيح بجامع العلم، وهذا (هو المشهور)[3] (وقد)[4] قال أشياخنا كل من صح منه عقد السلم صح منه بيع الأعيان كالبصير.

قوله: «ومن زاد في سعر أخرج من سوق المسلمين إلا أن يلحق بالناس» إلى قوله: «وبيع العربان[5] على وجهين» يتعلق بذلك حكم الحكرة[6] والتسعير[7]، والأصل في التسعير ما رواه أبو هريرة قال: **(جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله سعر لنا فقال: بل ادعوا الله، فجاء رجل فقال: يا رسول الله سعر لنا فقال: بل الله يخفض ويرفع، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس لِأحدٍ عندي مظلمة)**[8] وفي حديث آخر أنه قال حين سأله:

---

(1) في نسخة: «خق»: (الإجازة).

(2) في نسخة: «خق»: (المبيع).

(3) في نسخة: «ش»: (مذهب الجمهور).

(4) في نسخة: «ش»: (وبه).

(5) العربان: بضم العين وسكون الراء، ويقال عربون وعربون بالفتح والضم، وبالهمزة بدل العين في الثلاث والراء الساكنة في الكل، هو الذي تسميه العامة «الأربون»، يقال عربنه إذا أعطاه ذلك، وفي الاصطلاح: هو أن يشتري الرجل سلعة فيدفع شيئاً درهماً أو ديناراً على أنه إن أخذ السلعة كان ذلك الشيء الذي دفعه من الثمن، وإن لم يدفع الثمن كان ذلك الشيء لصاحبها لا يرتجعه منه. ينظر: مختار الصحاح ص177؛ غريب ابن قتيبة 1/ 197؛ لسان العرب 1/ 212، 592 13/ 284؛ شرح الزرقاني 3/ 323.

(6) الحكرة: هو رصد الأسواق أي انتظار الأسواق حتى ترتفع الأثمان. ينظر: مواهب الجليل 4/ 227 ـ 228.

(7) التسعير: عرفه ابن عرفة بقوله: تحديد حاكم السوق بائع المأكول فيه قدراً للمبيع بدرهم معلوم. ينظر: الحدود 1/ 356.

(8) حديث: (**سعر لنا...**): سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في التسعير، حديث (3451) 3/ 272.

(إن الله هو القابض والباسط والمغلي، وإني لأرجو أن ألقى الله، وليس لأحد عندي مظلمة ظلمته إياه في عرض ولا مال)[1].

قال علماؤنا: والتسعير على وجهين أحدهما إن حط من (سعر)[2] الناس أمر أن يلحق بسعرهم، أو يقوم من السوق، والثاني أن يحد لأهل السوق سعراً يبيعون عليه لا يتجاوزونه بعد جمع أهل السوق (ومعاونهم)[3]، واتفاق الجمهور على (الزيادة)[4] في سعر ذلك، فالأول في قسمي التسعير (غير جائز، والأصل في)[5] ذلك قصة عمر بن الخطاب مع حاطب بن أبي بلتعة[6] حين مر به وهو يبيع زبيباً له بالسوق فقال له عمر: **(إما أن تزيد في السعر وإما أن ترفع من سوقنا)**[7] قال **عيسى بن دينار**: كان حاطب يبيع بدون سعر الناس[8]، وهذا السعر المعتبر المجهول أصلاً يرجع إليه الناس، وهو سعر جمهور الناس لا ما ينفرد به الواحد أو العدد اليسير، فيرجع الواحد والأقل للجمهور، ولا ينعكس الحال، وهل ذلك عام في كل المبيعات أو مخصوص، وقال **ابن حبيب**: ذلك في المكيل والموزون مأكولاً (كان أو غير مأكول دون غيره من المبيعات التي لا يكال ولا يوزن[9] فإنما اختص المكيل والموزون)[10] لأن الرجوع فيه إلى

---

(1) حديث: **(إن الله هو القابض الباسط...)**: سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في التسعير، (3541) 2/ 272؛ سنن البيهقي الكبرى، كتاب البيوع، باب في التسعير، حديث (10926) 2/ 29.

(2) في نسخة: «ش»: (بيع).

(3) في نسخة: «خق»: (وتعايرهم على الأسعار).

(4) في نسخة: «ش»: (السداد).

(5) في نسخة: «خق»: (والأصل في جواز) والثابت هو الصواب.

(6) عمرو بن عمير بن سلمة اللخمي المكي، حاطب بن أبي بلتعة، حليف بني أسد من مشاهير المهاجرين شهد بدراً، والمشهد، وكان وكان رسول الله ﷺ إلى المقوقس مات سنة (30هـ - 651م). ينظر: سير أعلام النبلاء 2/ 43 - 45.

(7) حديث: **(إما أن تزيد في السعر وإما أن ترفع من سقونا)**: سنن البيهقي الكبرى، باب في التسعير، كتاب البيوع، حديث (10929) 6/ 29.

(8) المنتقى 6/ 349.

(9) المنتقى 6/ 350.

(10) ساقطة في نسخة: «ش».

المثل، فالمصلحة فيه تقتضي حمل الناس فيه على سعر واحد بخلاف (ما يرجع إلى)[1] القيم لاختلاف الأغراض فيه ما لم يكن متماثلاً، وهذا حكم (غير)[2] الجالب، (وأما الجالب)[3] إلى السوق الذي ليس من الباعة الملازمين له (المترسمين)[4] به، فهل يمنعون من النقص كما يمنع الباعة أم لا؟ وفي كتاب **محمد** لا يمنع الجالب أن يبيع في السوق دون بيع الناس ليتسامح (فيكثر الجلب)[5] وقيل: هم كأهل السوق مطلقاً، وقيل: كأهل السوق إلا في القمح، والشعير فيسامحون فيه خاصة لعموم الضرورة إليه[6]. قال المصنف: قد فسر الأشياخ قول القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«ومن زاد في سعر على وجهين»** أحدهما أن يبيع أغلى من أهل السوق، والثاني أن يبيع أرخص من أهل السوق إضراراً بأهل السوق، والتفسير الأول هو الصحيح، وهو الجاري على قضية حاطب بن أبي بلتعة.

والقسم الثاني من قسمي التسعير وهو أن يحد لأهل السوق حداً فهذا هو الذي اختلف فيه العلماء، فقال بمنعه عبد الله بن عمر بن الخطاب وولده سالم **والقاسم بن محمد** والجمهور، وهو مذهب **مالك**[7] الصحيح الذي لا شك فيه، ورخص فيه **سعيد بن المسيب، وربيعة، ويحيى بن سعيد** وروى **أشهب** في العتبية عن **مالك** أنه لا بأس [13/ظ] (بذلك إذا سعر عليهم على قدر شرائهم[8] فقال **مالك** لا بأس)[9] به ولكني أخاف أن يقوموا من السوق[10]، واحتج الجمهور بحديث أبي هريرة الذي قدمناه، وراعى في رواية **أشهب** المصالح

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) ساقطة في نسخة: «ش».
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) في نسخة: «خق»: (المتموسمين).
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) النوادر 6/ 450؛ المنتقى 9/ 350.
(7) ساقطة في نسخة: «خق».
(8) شرح التلقين للشاذلي 2/ 19/ ظ.
(9) ساقطة في نسخة: «خق».
(10) النوادر 6/ 450؛ المنتقى 6/ 51ظ.

العامة[1]، وأما الجالب فلا (يسعر)[2] عليه، (ويبيع كيف يشاء)[3].

قوله: «والحكرة ممنوعة» الأصل في ذلك قوله ﷺ: **(لا يحتكر إلا خاطئ)**[4] وقال عمر بن الخطاب: **(لا حكرة في سوقنا)** رواه **مالك** في موطئه[5].

وحقيقة الاحتكار: هو ادخار المبيع وطلب الربح فيه بانتقال الأسواق. وللحكرة حالتان: يمنع في إحداهما وهي إذا كانت في وقت الضيق والضرورة فيمنع المحتكر (من الشراء)[6] حينئذٍ من السوق، وإذا أضر ذلك (بالناس)[7] إلا في مقدار قوته، فإنه مضطر إليه فلا يمنع منه، وتجوز في حال الكثرة، والسعة، وروى **ابن المواز** عن **مالك** أنه سئل عن التربص بالطعام وغيره رجاء الغلاء فقال: ما علمت فيه نهي، ولا أعلم به بأساً يحبس إذا شاء، ويبيعه إذا شاء، ويخرجه إلى أي البلاد شاء، وقيل: لمالك فيمن يبتاع الطعام، فيحب غلاءه قال: ما من أحد يبتاع طعاماً أو غيره إلا ويحب غلاءه[8]، قال **مالك**: ومما يعيبه من مضى ويرونه ظلماً منع الاحتكار إذا لم يكن مضراً بالناس ولا بأسواقه[9]، وذلك سواء عندنا في الطعام وغيره. وروى **ابن حبيب** عن **مالك** أن احتكار الطعام يمنع في وقت الضيق والسعة[10]، وهذا فيمن صار إليه الطعام

---

(1) المنتقى 6/ 351.

(2) في نسخة: «خق»: (يباع).

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) حديث: **(لا يحتكر الطعام إلا خاطئ)**: صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم الاحتكار في الأقوات، حديث (1605) 3/ 1228؛ سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في الاحتكار، حديث (1267) 3/ 567؛ سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في النهي عن الحكرة، حديث (3447) 3/ 271؛ سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب الحكرة والجلب، حديث (2154) 2/ 728.

(5) موطأ مالك، كتاب البيوع، باب الحكرة والتربص، حديث (1327) 2/ 651.

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) في نسخة: «خق»: (بأهل السوق).

(8) المنتقى 6/ 345.

(9) المنتقى 6/ 346.

(10) المنتقى 6/ 346. وفيه: وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك أن =

بابتياع، وأما من صار إليه بزراعة أو غيرها فلا خلاف في أنه لا يمنع احتكاره.

فصل: إذا احتكر من منعناه الاحتكار، فهل يأمر الإمام ببيعه، ويجبرهم على إخراجه في وقت الغلاء الشديد[1]، اختلفت الرواية فيه، فروى عن **مالك** أنه أنكر ذلك، وقال: ما سمعته، وعنه رواية أخرى أنه لا يخرج عليهم ويباع من أهل الحاجة إليه بمثل ما اشتراه، وإن لم يعلم شراؤه فيسعره يوم احتكاره، وجميع ما يحتاج الناس إليه في ذلك سواء يمنعون من احتكاره وقت الضيق والضرورة[2].

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**وبيع العربان على وجهين**» إلى آخر الفصل. ترجم **مالك** رَحِمَهُ اللَّهُ ما يكره من بيع العربان وروى من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العربان[3] وفسره **مالك** بالوجه الممنوع الذي ذكره القاضي[4].

وإن وقع البيع على ذلك فقال **عيسى بن دينار**: يفسخ فإن فات كانت فيه القيمة[5]، وأما الاحتساب بالعربان إذا مضى البيع فجائز كما ذكره القاضي إلا أنه يشترط أن يجعل العربان على يد غير البائع، أو يد البائع مختوماً خوفاً من أن يكون (النقد)[6] تارة ثمناً وتارة سلفاً.

قوله: «**والدين بالدين ممنوع**[7] **إذا كان من الطرفين**» تحرزاً بقوله: «**إذا كان من الطرفين**» من السلم.

= احتكاره الطعام يمنع في كل وقت، فأما غير الطعام فلا يمنع احتكاره إلا في وقت الضرورة دون وقت السعة.

(1) التفريع لابن الجلاب 2/ 158.

(2) المنتقى 6/ 347.

(3) حديث: (**نهيه ﷺ عن بيع العربان**): سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في العربان، حديث (3502) 3/ 283؛ سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب بيع العربان، حديث (2192) 2/ 738.

(4) الموطأ، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العربان 2/ 609.

(5) المنتقى 6/ 26.

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) وصورته أن يكون للشخص دين على الآخر فيبيعه بثمن مؤجل.

قوله: «وما كان خارجاً عن أصله» إلى آخره إشارة إلى (الرخص إذ)[1] لا يقاس عليها ولا يتعدى بها (محلها)[2].

وذكر المستثنيات من قواعدها وهي ظاهرة كما ذكره كالإقالة والشركة والتولية والحوالة والعرية والسلم. وفي مراسيل **ابن المسيب** أن رسول الله ﷺ: **(نهى عن بيع الطعام قبل قبضه، وأرخص في الشركة والإقالة والتولية)** وقال ﷺ: **(إذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع)**[3] وفي حديث ابن عباس: **(نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان وأرخص في السلم)**[4].

قوله: «وإذا باع مالك غيره» يتعلق به بيع الفضولي، وهو عندنا موقوف على الإذن، جائز بإجازة المالك[5]، وقال **الشافعي**: هو عندنا فاسد[6]،

---

(1) في نسخة: «خق»: (أن الرخص).

(2) في نسخة: «خق»: (حالها).

(3) حديث: **(إذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع)** صحيح البخاري، كتاب الحوالات، باب في الحوالة، حديث (2166) 2/ 799؛ صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على مليء، حديث (1564) 3/ 1097؛ سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في مطل الغني أنه ظلم، حديث (1309) 3/ 600؛ سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في المطل، حديث (3345) 3/ 247؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب مطل الغني، حديث (4688) 7/ 316؛ سنن ابن ماجه، كتاب الصدقات، باب الحوالة، حديث (2403) 2/ 603.

(4) حديث: **(نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان)**: سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث (1235) 3/ 536؛ سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث (3503) 3/ 283؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، حديث (4611) 7/ 289؛ سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن، حديث (2187) 2/ 737. أما قوله: **(فأرخص في السلم)** فلم أعثر عليه في كتب الحديث، وقد ورد في بعض الكتب الفقهية. ينظر: المبدع لابن مفلح 4/ 148: بلفظ: لأن الشارع أرخص في السلم.

(5) التفريع 2/ 218؛ الكافي ص395 ـ 396؛ المعونة 2/ 1038.

(6) الأم 3/ 15 ـ 16؛ الإقناع ص91 ـ 92؛ وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء، فأجازه في البيع ومنعه في الشراء. ينظر: مختصر الطحاوي ص82 ـ 83؛ مختصر القدوري 2/ 18.

والدليل (للإجازة)[1] حديث عروة الباقي **حين دفع له رسول الله ﷺ ديناراً ليشتري به شاة، فاشترى به شاة، ثم باعها بدينارين، فابتاع بأحدهما شاة فجاء بالدينار والشاة إلى رسول الله ﷺ فأخذه ﷺ وبارك له في صفقة يمينه)** ولو كان فاسداً لفسخه. ثم ذكر مسألة النصراني يسلم عبده، أو يشتري عبداً مسلماً، والأمر فيهما ظاهر، والأصح في المسألة الثانية فسخ العقدة لوقوعها فاسدة.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«فصل ومن ابتاع سلعة على السلامة فظهر بها عيب»** إلى قوله: **«ولا يجوز لبائع السلعة (المعينة)[2] أن يكتم عيبها»**.

شرح: الأصل في وجوب الرد بالعيب الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقوله سبحانه: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: 29] وأما السنة فقوله ﷺ: **(لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر)** وقد أجمع علماء الأمصار على أن من اطلع على عيب قديم في المبيع فله الرد على ما يأتي تفصيله، وذلك في عقود المعاوضة كالبيع والنكاح، فيثبت في ذلك حكم الرد بالعيب بلا خلاف (وأما عقود المكارمة كالهبة والصدقة فلا يثبت فيها حكم الرد بالعيب بلا خلاف)[3]، واختلف المذهب في هبة الثواب فقال: **عبد الملك بن الماجشون**: لا يرد الموهوب له فيها بعيب، لأن مبناها على المكارمة، وقال **المغيرة**: (له الرد بالعيب)[4] المفسد دون ما عداه لأن العيب المفسد متلف للمقصود حكاه **القاضي أبو الوليد**[5].

---

(1) في نسخة: «خق»: (لنا).

(2) ساقطة في نسختي: «خق» ونسخة: «ش».

(3) ساقطة في نسخة: «ش».

(4) كذا في النسختين ولعل الصواب **(ليس له الرد بالعيب)**. ينظر: المنتقى 6/ 86.

(5) المنتقى 6/ 86. وفيه: العقود على ثلاثة أضرب: عقد مختص بالعوض كالبيع والنكاح، فهذه يثبت فيها حكم الرد بالعيب، والضرب الثاني: عقد مختص بالكرامة، ونفي العوض كالهبة لغير الثواب والصدقة، فهذا لا يثبت فيه حكم الرد بالعيب، والضرب الثالث: عقود ظاهرها المكارمة ولها تعلق بالمعاوضة كالهبة للثواب، فهذه حكى القاضي أبو إسحاق عن عبد الملك: أن الموهوب له لا يرد بعيب، وعن =

ولا بد من ذكر العيوب التي توجب الرد فنقول [14/و] الأصل أن المشتري إذا ظهر على عيب يوجب الرد فهو مخير بين الرد والإمساك، فإن رده أخذ ثمنه الذي دفع، وإن أمسك فلا شيء له ولا يجبر على أرش[1] العسيب من أباه إذا كان الرد ممكنا ولم يحدث معنى مفوتاً إلا في العقار على ما سنذكره، فإن تراضيا على الأرش مع إمكان رد العين جاز، لأن ذلك حق لهما، فإذا اتفقا على ذلك فلا مانع منه، (وانفرد)[2] **ابن شريح** من علماء الشافعية فقال: ليس لهما اختيار في ذلك وهل هو كالحقوق المالية كخيار الشفعة وغيره.

قوله: «ولا غيره»: تلفيف، إذا لا محل للغير.

قوله: «ولا يلزم بذل الأرش ولا أخذه بالتراضي»: أبدل البذل من الأرش بدل اشتمال[3] وأطلق القاضي القول في جميع المبيعات جرياً على مذهب البغداديين من أصحاب **مالك**، لأنهم جعلوا العقار والحيوان والعروض في ذلك سواء، والمشهور من مذهب **مالك** الذي عليه (أكثر)[4] أصحابه التفريق بين العقار وغيره، فقالوا إن للمشتري التمسك بالمبيع من العقار وأخذ إرش العيب اليسير، ولا يقع الرد فيه بالعيب اليسر إلا أن يختاراه معاً، (ويتفقا عليه)[5] ويتراضيا به، وإن كان العيب كثيراً فهو مخير بين الرد والإمساك ولا شيء له. واختلف نظر المتأخرين في تحديد اليسير، فقيل: ما نقص عن الثلث، وقيل: السدس، وقيل: (ما لا يأتي)[6] على معظم الثمن. وأما

= المغيرة مثل ذلك، ولا في العيب المفسد.

(1) الأرش: قيمة العيب. ينظر: القوانين الفقهية ص176.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) بدل الاشتمال: هو الدال على معنى في متبوعه، نحو أعجبني زيد علمه. قال ابن مالك:

عليه يلفى أو كمعطوف ببل   مطابقاً أو بعضاً أو ما يشتمل

ينظر: الألفية بشرح ابن عقيل ص407.

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) في نسخة: «خق»: (ما يأتي).

الحيوان فهو فيه مخير بين أن يرد، أو يتماسك، ولا شيء له، واختلف الرواة في العروض، فالمشهور أنها كالحيوان، والشاذ أنها كالأصول وهو اختيار كثير فقهاء الأندلسيين.

قوله: «**فإن فات ذلك لم يكن إلا الأرش**» وهو كما ذكره، ثم بين أنواع الفوت فذكر منها فوت المبيع بالموت، والزمانة، والهرم، وفواته بتلف الملك كالعتق، والتدبير، والاستيلاء، والكتابة، واختلف المذهب في مسائل:

المسألة الأولى: البيع هل هو فوت أم لا؟ وعندنا فيه ثلاثة أقوال[1]. **أحدها**: أنه (ليس هو)[2] فوتاً مطلقاً، ولا رجوع له بقيمة العيب. **والثاني**: أن له الرجوع بقيمة العيب. **والثالث**: أنه إن نقص من ثمنه لأجل العيب رجع على البائع بالنقص وإلا فلا، وبسط القول فيه بعض أشياخنا فقال: لا يخلو أن يبيعه من بائعه، أو من غيره، فإن باعه من غير بائعه ففيه الثلاثة الأقوال التي قدمناها، وإن باعه بأقل، رجع عليه بالأقل من أرش العيب أو بقيمة الثمن، وإن باعه منه بأكثر. (فالزيادة)[3] للمشتري إن كان البائع مدلساً، وإن لم يكن مدلساً وقع التراجع، وانفسخ البيعتان، وعاد المبيع إلى ملك الأول.

المسألة الثانية: وطء الجارية هل هو فوت يوجب له الرجوع بقيمة العيب كسائر المفوتات أم لا؟ اختلف العلماء فيه، والمشهور من مذهب **مالك** أنه ليس بفوت[4]، وقال **أبو حنيفة**: هو فوت يمنع الرد، ويوجب له الرجوع بقيمة العيب[5]، وهي رواية **ابن وهب**، **وابن نافع**، **وأصبغ** في البكر والثيب، وعلى المشهور بنى القاضي رحمه الله مذهبه قال: (ووطء للثيب لا يمنع الرد وكذلك وطء البكر»)[6] وإنما الوطء في الثبت كالقبلة واللمس بخلاف الوطء

---

(1) التفريع 2/ 174؛ الكافي ص348؛ المعونة 2/ 1057 ـ 1058.
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) في نسخة: «خق»: (فالزائر).
(4) المعونة 2/ 1059؛ المنتقى 6/ 95.
(5) مختصر الطحاوي ص80.
(6) في النسختين: «ق» و«غ»: (ووطء الثيب لا يمنع الرد، ولا يوجب على المشتري شيئاً، ووطء البكر عيب يردها وما نقصها).

في البكر، لأنه قطع عضواً منها، فله الرد، وعليه رد ما نقصها الوطء كسائر العيوب الحادثة عنده، وصريح مذهب **الشافعي**[1] أن وطء البكر يمنع الرد.

المسألة الثالثة: اختلف المذهب في (العيوب)[2] النفسانية كالآبق والسرقة هل يفيد الرد بالعيب أم لا؟، فالذي حكى القاضي عن المذهب أن الإباق فوت[3] خلافاً **للشافعي**[4]، لأن الرد ينعدم معه، ويجعله في حكم الغائب المفقود.

المسألة الرابعة: إذا اشترى شيئاً على السلامة، ثم أجره أو رهنه، ثم اطلع على عيب قديم فمذهب **ابن القاسم** أنه يرد بالعيب (متى)[5] عاد إلى يده، وقال **أشهب**: إذا لم يخلصه من الرهن، أو الإجارة معجلاً لطول مدة الإجارة أو الرهن، وبعد أجلها، كان له أرش العيب، وهو اختيار **ابن حبيب**، وقال **ابن القاسم** إذا قرب ذلك كالشهر ونحوه فله الرد، فإن فات ملكه بهبة، ثم اطلع على عيب، فالمنصوص أنه يرجع بقيمة العيب، لأنه إنما يشتري على الصحة قال **مالك**: إذا فات المبيع بشيء من وجوه الفوت كان فيه قيمة العيب.

المسألة الخامسة: إذا حدث في المبيع تغير عين المقصود منه، وصيره كأنه ليس العين المبيعة، كان ذلك كتلف العين المعيبة للرد، فإن حدث فيه ما أثر فيه، إلا أنه لم يغير المقصود منه فليس بفوت، والمشتري بالخيار بين أخذ قيمة العيب القديم، أو رد ما (نقصه)[6] العيب الحادث عنده، واختلف المذهب في الرمد، والحمى، والوعك، هل يفيت الرد وكذلك العمى والشلل، وقطع ذنب بغلة الركوب، وعجف الدابة، وهرم العبد، أو الأمة وتزويج الأمة[7] هل يمنع جميع ما ذكرناه الرد إلحاقاً له بما يتلف المقصود أو لا يمنع الرد، وعليه

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».

(2) الأم 3/ 68؛ مختصر المزني ص83.

(3) المعونة 2/ 1059.

(4) مختصر المزني ص87؛ الإقناع 91 ـ 92.

(5) في نسخة: «خق»: (إن).

(6) في نسخة: «خق»: (نقص منه).

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

إذا أراد الرد رد ما نقصته هذه العيوب، والصحيح أن هذا كله ممنوع، فما أتلف كالعمى منع الرد، وما غير الصفة ولم يتلف المقصود، فله الرد، وعليه (رد)[1] ما نقص، فإن شاء التمسك وأخذ قيمة العيب [14/ظ] فله ذلك، وكذلك نقصان القيمة كحوالة الأسواق، والهزال لا يفيت الرد في هذا الباب (على المرضى)[2]. وههنا فروع: إذا اختلف البائع والمشتري فقال البائع للمشتري رد المبيع مع قيمة النقص الحادث، وأبَى المشتري إلا أخذ قيمة العيب القديم، فهل القول قول المشتري، أو قول البائع، قولان في المذهب حكاهما القاضي **أبو الوليد**[3] وغيره مبنيان على مراعاة الأصل (والمئال)[4]، والمشهور أن القول قول المشتري، لأن البائع إما مفرط إذا لم يكشف عن العيب، وإما مدلس فكأنه طلب حل البيع، (المنعقد)[5]، ولا سبيل إليه إلا بالتراضي.

قوله: «وكذلك إن تصرف في المبيع»: قلت: تصرفه في المبيع بعد علمه بالعيب له ثلاثة أحوال حال الاختيار، وحال الاضطرار، (وحال الاختبار)[6] بلا خلاف في تصرف الاختيار أنه يبطل الرد، ولا يبطله حال الاختبار بلا خلاف.

واختلفوا في حال الاضطرار على قولين كما حكاهما القاضي:

أحدهما: أنه مسقط للرد لأنه تصرف بعد العلم بالعيب، والاضطرار لحق نفسه لا لحق البائع.

والثاني: أن ذلك لا يسقط الرد، لأنه في حكم (المكره)[7].

فرع: الاستعمال القاطع للرد بالعيب (بعد)[8] الاطلاع على العيب هو

---

(1) المنتقى 6/ 105.
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) المنتقى 6/ 108.
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) ساقطة في نسخة: «ش».
(6) ساقطة في نسخة: «ش».
(7) في نسخة: «ش»: (الرد) ولعله خطأ نسخي.
(8) في نسخة: «ش»: (عند) عوض (عند). والمثبت هو الصواب. ينظر: القوانين الفقهية ص176.

الاستعمال المقتضي نقصاً في المبيع كلبس الثوب، ووطء الجارية البكر والثيب، إذ الوطء إنما يباح فيمن (يستقر)[1] ملكه، وأما من يريد نقض (البيع)[2] فيه فلا يجوز له وطؤها حينئذٍ، واختلفت الرواية في العبد والدابة هل يمنع من استخدام العبد، وركوب الدابة أم لا؟، فالمشهور أنه يترك استعمال ذلك، وقال **ابن حبيب** لا يمنع من استخدام العبد وركوب الدابة، لأنه من باب الخراج بالضمان، فإن كان المبيع عقاراً فهل يخليه إذا أراد (الرد)[3] بالعيب أم لا؟ المنصوص أنه لا يخليه، بل له الانتفاع به، وهو ينازع البائع، لأن ذلك خراج محض، وهو (مانع)[4] للضمان، هذا نص الرواية.

قوله: «وإذا ابتاع رجلان عبداً» إلى آخره. ذكر في هذه المسألة قولين أحدهما قول **ابن القاسم** أن لمن شاء منهما الرد، لأن البائع دخل على التبعيض حين العقد فكأنهما صفقتان. **والثاني**: قوله **أشهب**: أنه ليس له الرد مع اختلافهما، فإذا اختار الرد خير (شريكه)[5]، وليس لأحدهما التبعيض على البائع، إذ المبيع شيء واحد[6] ولو اشترى سلعة على الخيار فمات، فأراد بعض الورثة الرد، وبعضهم الإمضاء لم يكن لهم التبعيض، لأن البائع لم يدخل في هذه الصورة على التبعيض، وهي مسألة القياس والاستحسان.

قوله: «وإذا نما المبيع على المبتاع، ثم أراد رده» إلى آخره. الطارئ على المبيع قد يكون نقصاً وقد تقدم، وقد يكون زيادة، وهي على قسمين: منفعة، أو غلة، وعين، وعطف الغلة على المنفعة بواو الجمع. إما كقوله: (أقوى وأفقر بعد التهم)[7]، وإما أن تكون المنفعة ما سكن، والغلة ما اغتل من خراج وغيره فأما المنفعة فلا خلاف في المذهب أنها ترد، ولا يرد شيء

---

(1) في نسخة: «خق»: (يستغرق) والأنسب ما أثبته من نسخة: «ش».
(2) في نسخة: «خق»: (المبيع).
(3) في نسخة: «خق»: (القيام).
(4) في نسخة: «خق»: (تابع).
(5) في نسخة: «خق»: (من كرهه عليه).
(6) الإشراف 2/ 269؛ الشرح الصغير 1/ 153؛ أسهل المدارك 2/ 289.
(7) كذا في النسختين.

مما استغل، لأنه خراج، والخراج بالضمان[1] على مقتضى ما رواه عروة عن عائشة (**أن رسول الله ﷺ قضى بأن الخراج بالضمان**) فإن كانت الزيادة عيناً فلا تخلو أن تكون ولادة، أو نتاج أو غيره، فإن كانت ولادة فالمشهور أن الولد كعضو من أعضائها ليس بغلة فيرد مع أمه[2].

والقول الثاني: أنه غلة ويجبر نقص التزويج الحادث عنده بزيادة الولد، وروى ذلك عن **ابن القاسم**. وعندنا رواية ثالثة أنه يرد مع أمه، ولا يجبر به العيب الحادث، وعليه رد ما نقصه العيب الحادث مع رد الولد، لأنه كعضو من أعضائها، وقال **الشافعي**: الولد للمشتري كسائر الغلات[3] اعتماداً على قوله ﷺ: (**الخراج بالضمان**) والنتاج حكمه كالولادة وغاير القاضي رحمه الله بين (النتاج والولادة)[4]، وإنما يفترقان لأن النتاج لا يستعمل عرفاً في الآدميات، وإنا يستعمل للناقة، وقد يستعمل لسائر الماشية، والولادة تستعمل في جميع الحيوانات وربما استعمل في الشجر مجازاً، فإن كان النماء ليس ولادة ولا نتاج فهو أنواع:

الأول: كالثمار، ولا يخلو أن تكون موجودة حين العقد أم لا؟ فإن حدثت بعد العقد فهي للمشتري بلا خلاف كالخراج والغلة، وإن كانت موجودة حين العقد، إما أن تكون مأبورة أم لا؟ فإن كانت (غير مأبورة فهي له، كما لو حدثت عنده، ولا يرد عنها شيئاً إذا اختار الرد)[5]، وإن كانت مأبورة ففي هذه الصورة قولان المشهور أن لها قسطاً من الثمن فيردها مع الأصل وهو قول **ابن القاسم**، والشاذ[6] أنه لا ترد الثمرة أبرت أم لا؟ لأنها بيع وغلة، وإذا أوجبنا عليه الرد على المشهور فتلفت الثمرة بغير فعله، فله الرد، ولا شيء عليه في هلاك الثمرة، لأن ذلك كموت ولد الجارية الحادث

---

(1) المعونة 2/ 1060.
(2) المعونة 2/ 1060.
(3) مختصر المزني ص86/ 87؛ الإقناع ص94.
(4) في نسخة: «خق»: (الغلاة والنتاج).
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) وهو قول أشهب. ينظر: المعونة 2/ 1062.

عنده، وإن كان هلاك الثمرة بفعله غرم مكيلتها اعتباراً بالأجنبي. وإذا أوجبنا عليه رد الثمرة فله قيمة السقي والعلاج مطلقاً، وقيل: ما لم يزد على الثمرة، لأنه إنما أوجب له قيمة السقي في عين[1] الثمرة لا في ذمة البائع.

والثاني: الألبان والسمون، ولا خلاف أنها غلة للمشتري لا يرد عنها شيئاً سواء كان ذلك موجوداً يوم العقد أو غير موجود، لأنه تبع غير مقصود [15/و] بالبيع.

والثالثة: الصوف إن حدث بعد العقد فلا خلاف أنه له، وليس عليه رده، سواء كان قائماً بيده أو فائتاً، فإن كان موجوداً يوم الصفقة تام الخلقة فهل (يردها)[2] لأن له قسطاً من الثمن أم لا؟ قولان مذهب **ابن القاسم** أنه يردها معها وإن جزت، وقال **أشهب** لا يرد الصوف مطلقاً سواء كان حادثاً أو موجوداً حين العقد تاماً أو غير تام، لأنه تبع، وقول **ابن القاسم**: تشهد له العادة[3].

والرابع: الزيادة المتصلة كالصبغ والرقم في الثوب، وذلك لا يمنع الرد، ويوجب للمشتري الخيار في التمسك والرجوع بقيمة العيب أو الرد، ويكون شريكاً للبائع بما زادت الصنعة في الثوب فقط، ومن هذا النمط السمن. اختلف المذهب فيه على قولين[4] وجوده كعدمه، ولا يثبت به الخيار للمشتري، وليس له إلا التمسك أو الرضا بالعيب من غير أرش، وقيل: يثبت له به الخيار بين أخذ الإرش أو الرد.

وقد ذكرنا الخلاف في الهزال وههنا فروع:

إذا كان له الرد فصرح به، ثم هلك المبيع قبل الوصول إلى يد البائع، فاختلف المذهب في ضمانه على ثلاثة أقوال:

---

(1) في نسخة: «خق»: زيادة (المسقى من).

(2) في نسخة: «ش»: (يرد معها).

(3) في جملة هذه الأحكام. ينظر: التفريع 2/ 146، 217 ـ 218؛ الكافي ص335 ـ 336؛ المعونة 2/ 1062.

(4) المنتقى 6/ 106.

أحدها: أن ضمانه من البائع بناء على أن الرد بالعيب نقض بيع.

والثاني: أنه من المشتري بناء على أنه ابتداء بيع.

والثالث: أنه إن حكم الحاكم بالرد فمن البائع، وإلا فمن المشتري.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**ولا يجوز لبائع السلعة (المعيبة)[1] أن يكتم (عيبها)[2]**» إلى قوله: «**والبيع جائز مساومة[3] ومرابحة**»[4].

شرح: الغش محرم شرعاً، لأنه من أكل المال بالباطل، وقد قال رسول الله ﷺ: **(لا تصروا الإبل والغنم)** الحديث. ومر رسول الله ﷺ برجل يبيع طعاماً فسأله كيف يبيع فأخبره فأومأ إليه أن ادخل يده فيه. فأدخل يده فيه فإذا هو مبلول فقال ﷺ: **(من غشنا فليس منا)**[5].

واختلف العلماء في تأويله، فقال بعضهم المراد به تكفير المستحل له[6]، وقال بعضهم هو على معنى التغيظ كقوله ﷺ: **(أيما عبد ترك الصلاة فقد كفر)** وقال بعضهم معناه: ليس على مثل سنتنا وطريقتنا[7].

---

(1) في نسخة: «غ»: (المبيعة)، والأولى ما أثبته من نسخة: «خق» ونسخة: «ش».

(2) في نسخة: «غ»: (عيبا فيها) وما أثبته من باقي النسخ، وكلا اللفظين صحيح.

(3) بيع المساومة: هي ألا يخبر برأس ماله، بل يبيع السلعة بما يسوم بها ويوافقه المبتاع عليه من مقدار الثمن، وَحدَّهُ ابن عرفة بأنه: بيع ما لم يتوقف ثمن مبيعه المعلوم قدره على اعتبار ثمنه في بيع قبله إن التزم مشتريه ثمنه لا على قبول زيادة عليه. ينظر: المدونة 2/ 1075؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 383.

(4) بيع المرابحة: هي أن يخبر برأس ماله، ويلتمس الربح على حساب معلوم، وهي حسب ابن عرفة: البيع المرتب ثمنه على ثمن بيع قبله. ينظر: المعونة 2/ 1075؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 384.

(5) حديث: **(من غشنا فليس منا)**: صحيح مسلم، باب قول النبي ﷺ من غشنا فليس منا، حديث (101) 1/ 99؛ سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية الغش في البيوع، حديث (1315(3/ 606؛ سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في النهي عن الغش، حديث (3452) 3/ 272؛ بلفظ: **(ليس منا من غش)**؛ سنن ابن ماجه، كتب التجارات، باب النهي عن الغش، حديث (2225) 2/ 749.

(6) الفواكه الدواني 2/ 285.

(7) حاشية العدوي 2/ 196. وفيه: قال الفاكهاني: أي ليس مهدياً بهدينا، ولا متبعاً لسنتنا، لأن العاصي عندنا لا يخرج عن الإيمان نعم لو اعتقد حل ذلك كفر.

والتصرية: حقن اللبن في الثدي أياماً ليوهم البائع المشتري أن ذلك الحيوان غزير اللبن. واختلف العلماء في البيع الواقع على صفة الغش كالتصرية ونحوها، فقال بعضهم: إن ذلك يمنع صحة العقد، فإذا وقع البيع على الغش فهو فاسد، وقال **أبو حنيفة**: ليس التصرية عيباً[1]، وقال **مالك والشافعي** والجمهور: التصرية عيب وغش[2]، والبيع معها صحيح، وللمشتري الخيار تمسكاً بمقتضى نص تخييره ﷺ المشتري في حديث المصراة الثابت الصحيح حيث قال: (فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر) فأثبت له الخيار، فدل على أن العقد صحيح، قال **أبو حنيفة**: حديث المصراة خارج عن الأصول من أوجه[3]:

الأول: إنه معارض لقوله ﷺ: **(الخراج بالضمان)**.

والثاني: إن فيه الطعام بالطعام نسيئة، وهو محرم إجماعاً.

والثالث: إن فيه المزابنة وهي بيع (المعلوم بالمجهول)[4].

والرابع: إن فيه نقض الأصل، لأن الواجب في المتلف، إما المثل وإنما القيمة ولا واحد في هذا المحل.

والخامس: إن فيه بيع الطعام قبل قبضه. إلى غير ذلك من الوجوه التي فارقها بها الأصول، فقدمت عليه، وبه قال **أشهب**: من أصحابنا[5]، ولا شك في فساد قولهما، لأنه)[6] أصل بنفسه[7]، فلا يتحكم فيه على الشارع.

---

(1) مختصر الطحاوي ص79 ـ 80؛ شرح معني الآثار 4/ 19؛ البحر الرائق 6/ 51.

(2) النوادر 6/ 320؛ المعونة 2/ 1073؛ بداية المجتهد 2/ 287؛ الأم 3/ 68؛ مغني المحتاج 2/ 63 وبه قال أحمد بن حنبل. ينظر: المقنع ص104؛ الإنصاف ط/ 400؛ المغني 4/ 80.

(3) حاشية ابن عابدين 5/ 44.

(4) في نسخة: «ش»: (المجهول بالطعام) والصواب ما أثبته من نسخة: «خق».

(5) حاشية الدسوقي 3/ 116؛ التاج والإكليل 4/ 437.

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) شرح الزرقاني على الموطأ 3/ 430. وفيه: حديث المصراة منفرد بنفسه مستثنى من =

قوله: «والقول في الموضعين قول من قوي سببه منهما مع يمينه» يعني: أنه إن ثبت قدمه فهو من البائع، وإن ثبت حدوثه (بالمشاهدة، أو بالبينة)[1] فهو من المشتري، (وإن وقع الشك فالأصل الصحة فهو من المشتري)[2] ويحلف البائع وقوي السبب بالمشاهدة (أو الشهادة، و)[3] في حال الاحتمال باستصحاب حال (السلامة)[4]، وإذا وجب اليمين في هذه الصورة، فهل يحلف على العلم في العيب الخفي والظاهر أو على البت في الظاهر، وعلى العلم في الخفي. اختلف في ذلك **ابن القاسم (وأشهب)**[5] فمذهب **ابن القاسم** الفرق بين الظاهر والخفي[6]، ثم ذكر العيوب الموجبة للرد وأنها ما أثرت نقصاً في المبيع، أو في الثمن، أو في التصرف، أو خوفاً في العاقبة، وهذه الأقسام متداخلة:

فالأول: هو (نقص ذات المبيع)[7] منه ما يؤثر في نقص الثمن كقطع عضو من أعضائه، ومنه (ما لا يؤثر)[8] في بعض الأحوال كالخصة فإنه ربما يزيد في الثمن، ولعله أراد بالنقص في التصرف إذا قطع بعض الآلة البدينة التي تعينه على التصرف، إذا بنينا أن هذا يكون على الثمن بالنقص والعيب المخوف عاقبته هو ما تؤمن عودته من الأورام الذاهبة بعد حدوثها (لإمكَانِ عودتها)[9]، ومثله

= تلك القواعد الكلية كما استثنى ضرب الدية على العاقلة، ودية الجنين والعرية والقراض من أصول ممنوعة للحاجة إلى هذه المستثنيات.

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) ساقطة في نسخة: «ش».
(3) في نسخة: «خق»: (والتساوي).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) كذا في النسختين، ولعل الصواب (ابن نافع) ينظر: المنتقى 6/ 97.
(6) قال الباجي: فلا يخلو أن يكون من العيوب الظاهرة أو الخفية، فإن كان من الظاهرة فقد قال ابن القاسم: يحلف البائع على البت أن هذا العيب لم يكن عنده، ويحلف في العيب الخفي على علمه، وقال ابن نافع في المدنية: يحلف بالبث، ولم يفرق بين ظاهر وخفي. ينظر: المنتقى 6/ 97.
(7) في نسخة: «خق»: (النقص في ذات المعيب).
(8) في نسخة: «خق»: (ما يؤثر) وهو خطأ نسخي.
(9) ساقطة في نسخة: «ش».

القاضي في المعونة بالزوجة في العبد، والزوج في الأمة، فإن الطلاق لا يسقط (الرد)[1] فيهما، وجعل الخصى مما ينقص في الثمن، وذلك يختلف بحسب الأمصار والعوائد والأحوال، وأما الدين في (غير)[2] سفه، فلا يرد به إذا قضاه العبد، لأنه برده قد سقط. ومثل نقصان الأحكام بالجنون، لأن بالجنون تسقط عنه الأحكام الشرعية فيعود ذلك بنقص[3] الثمن. وعطف القاضي الجذام والبرص على العمى والعور لا على نقصان الأحكام بالجنون. قال صاحب العين: الزعر في شعر الرأس وفي ريش الطائر. قلت وفرق في ذلك إذا ذهب أطوله وبقى أقصره وأردؤه[4].

فرع: وجود الزنى في العبد والأمة، قال **مالك والشافعي** هو عيب، لأنه نقصان في الخلق الشرعي الذي هو العفاف[5]. وقال **أبو حنيفة** ليس بعيب[6].

فرع: التأنيث في الذكر، والتذكير [15/ظ] في الأنثى عيب عندنا، والبول في الفراش عيب عند **مالك**[7] **والشافعي**، وقال **أبو حنيفة**: ترد به الجارية دون العبد، وهو نظر حسن لأن الجارية قد تراد للنوم معها في فراش واحد.

فرع: الحمل في الرائعة فيه، وفي الوخش قولان مبنيان على العادة[8].

فرع: اختلف المذهب في ارتفاع الحيض هل هو عيب أم لا؟ قولان

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق»، وما أثبته من نسخة: «ش» وهو الموافق لنص المعونة.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) المعونة 2/ 1063.

(4) العين 1/ 352، تحقيق مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، سلسلة المعاجم والفهارس (دت). ونصه: الزعر: قلة شعر الرأس وقلة ريش الطائر وتفرقة إذا ذهب أطوله وبقي أقصره وأردؤه.

(5) النوادر 6/ 259؛ المنتقى 6/ 89؛ بداية المجتهد 2/ 286؛ القوانين الفقهية ص176.

(6) البحر الرائق 6/ 45.

(7) النوادر 6/ 254 ـ 255؛ المنتقى 6/ 90؛ بداية المجتهد 2/ 288.

(8) النوادر 6/ 258. وفيه: لم يختلف أن الحمل عيب في الجواري إلا في الوخش فلم يره ابن كنانة فيهن عيباً، وابن القاسم يراه فيهن عيباً، والذي أرى: إن كان مبتاعها أرادها للبادية فليس بعيب، فإن كان أرادها للحضر للخدمة فذلك عيب. ينظر أيضاً: المعونة 2/ 1068؛ المنتقى 6/ 88.

عندنا المشهور أنه عيب في العلي، والاستحاضة عيب في الوخش وغيره، وقد قيل في العلي خاصة[1].

فرع: الشيب الكثير في الرائعة عيب، واختلف المذهب في اليسير فيها على قولين وليس بعيب في الوخش عندنا[2].

فرع: الخفاض[3] عادة (نساء)[4] العرب، فعدمه في العلي من رقيق العرب عيب، وليس بعيب في رقيق العجم، لأنهم لا يعرفونه قاله القاضي **أبو محمد**[5].

ومثل القاضي **أبو محمد** ما يتقي علاقته بالزوج والزوجة والاستدانة في سفه ولم يمثل ما لا تؤمن عودته، ولعله أشار إلى الأورام، وبياض العين ونحوه.

قوله: «وعهدة الثلاث لازمة في الرقيق»: واختلفت الفقهاء في القضاء بالعهدة، ومعنى العهدة[6] أن يشتري عبداً أو أمة فما حدث فيه من فوت عين، أو من عيب عند المشتري في الثلاثة الأيام فهو من البائع، وعهدته عليه، فإن شاء المشتري أخذ بجميع الثمن، وإن شاء رده على البائع، ولا شيء عليه فيما حدث عنده فإن هلك عنده في الثلاثة، أو في عهدة السنة من عيوبها الخاصة فهو من البائع، وقد قال **مالك**: ومن اتبعه. وعلى منع القول به قال أكثر فقهاء الأمصار ورأوا أن كل عيب حدث بعد قبض المشتري فعهدته عليه[7].

---

(1) النوادر 6/ 256؛ المنتقى 6/ 87؛ بداية المجتهد 2/ 288.

(2) النوادر 6/ 249؛ المنتقى 6/ 87؛ بداية المجتهد 2/ 289؛ القوانين الفقهية ص176.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) الخفاض: هو أخذ شيء من الناتئ بين شفرتي الفرج. ينظر: حاشية الدسوقي 1/ 749.

(5) المعونة 2/ 1063.

(6) عهدة الرقيق: هي بيع الرقيق على أن ضمانه في الثلاث من بائعه ولو بالسماوي. ينظر: الفواكه الدواني ص91. والعهدة هي تعلق المبيع بضمان البائع مدة معينة. ينظر: الشرح الكبير 3/ 141.

(7) بداية المجتهد 2/ 288.

واعتمد **مالك** في العمل عليها في الأمرين: النص والعمل، أما النص فما رواه **الحسن عن عقبة بن عامر**[1] قال: قال رسول الله ﷺ: **(عهدة الرقيق ثلاثة أيام)**[2] وروى **قتادة** عن **الحسن** مرسلاً **أن النبي** ﷺ **قال: (لا عهدة بعد أربع)**[3] وفي هذين الحديثين مقال لأهل العلم بالإسناد[4].

وصح أن عمر بن الخطاب ﷺ قضى بالعهدة، فقال: ما أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل النبي ﷺ لحيان بن منقذ، فإنه جعل له عهدة ثلاثة أيام فيما اشترى إن رضى أخذ، وإن سخط ترك[5]، وقال **محمد بن يحيى بن حبان**[6]: ما جعل ابن الزبير عهدة الرقيق ثلاثة أيام إلا لقول رسول الله ﷺ لمنقذ بن عمرو أنت بالخيار ثلاثاً[7] وروى **مالك** أن **أبان بن**

---

(1) عقبة بن عامر الجهني أبو حماد، روى عن النبي ﷺ وعن غمر، روى عنه أبو أمامة وابن عباس وغيرهما ولي إمرة مصر من قبل معاوية سنة (44هـ)، قيل توفي سنة (58هـ ـ 667م). ينظر: تهذيب التهذيب 7/ 242 ـ 243.

(2) حديث: **(عهدة الرقيق ثلاثة أيام)**: سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في عهدة الرقيق، حديث (3506) 3/ 284؛ سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب عهدة الرقيق، حديث (2244) 2/ 754؛ موطأ مالك، كتاب البيوع، باب ما جاء في العهدة، حديث (1237) 2/ 612.

(3) حديث: **(لا عهدة بعد أربع)**: سنن ابن ماجه، كتاب البيوع، باب عهدة الرقيق ، حديث (2245) 2/ 754؛ المستدرك على الصحيحين، حديث (2198) 2/ 26؛ سنن البيهقي الكبرى، حديث (10536) 5/ 323.

(4) قال أحمد بن حنبل ليس فيه حديث صحيح، ولا يثبت حديث العهدة، وقال البيهقي مدار هذا الحديث على الحسن عن عقبة بن عامر، وهو مرسل، قال علي بن المديني لم يسمع الحسن من عقبة بن عامر شيئاً. ينظر: سنن البيهقي 5/ 323؛ التحقيق في أحاديث الخلاف 2/ 182.

(5) فتح الباري 4/ 338، قال ابن حجر: وأما ما روى عن عمر أنه كلم في البيع، فقال ما أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ ثلاثة أيام، فمداره غلى ابن لهيعة وهو ضعيف.

(6) محمد بن يحيى بن حبان بن منقذ بن عمرو، الإمام الفقيه، الحجة، أبو عبد الله الأنصاري البخاري المازني المدني حفيد الصحابي الذي كان يخدع في البيوع، ويقال لا خلابة، ولد سنة (47هـ ـ 668م). عاش أربعاً وسبعين سنة. ينظر: سير أعلام النبلاء 7/ 186، 187.

(7) مصنف ابن أبي شيبة، حديث (36328) 7/ 306؛ المدونة الكبرى 10/ 194.

عثمان[1]، **وهشام بن إسماعيل**[2] كانا يذكران الرقيق في عهدتهما وخطبتهما عهدة الرقيق ثلاثة أيام من حين يشتري العبد أو (الوليدة)[3][4]، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد[5]، والزهري، والفقهاء السبعة الأعلام بالمدينة، وعلموا بها في المدينة، (واستمروا)[6] عليها[7]، وروى **الشافعي** عن **ابن جريج** قال: سألت **ابن شهاب** عن عهدة السنة قال: ما علمت فيها أمراً سالفاً[8]، وهي على قسمين: صغرى، وكبرى، فالصغرى عهدة الثلاث وهي صغرى في الزمان، كبرى في الضمان، وهي من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشتري، والكبرى: عهدة السنة من العيوب الثلاثة: الجنون والجذام والبرص، وهي كبرى في الزمان، وصغرى في الضمان[9]، فما حدث من هذه الثلاثة في السنة فهو من البائع، وما حدث فيها من غيرها من العيوب فهي من المشتري[10] تمسكاً بالأصل، وهي في الرقيق فقط، لأنه يكتم عيبه، فيستظهر على البائع فيه بثلاثة أيام للإمكان أن (يظهر عيبه)[11] المكتوم كأيام الخيار، والاستبراء والتصرية التي نص الشارع عليه الصلاة والسلام عليها في حديث المصراة، وجعلت السنة للعيوب الثلاثة، لأنها قد تظهر في بعض الفصول

---

(1) أبان بن عثمان بن عفان الأموي أبو سعيد، وقيل أبو عبد الله، مدني، ثقة، مات سنة (105هـ ـ 724م). ينظر: تقريب التهذيب ص372.

(2) هشام بن إسماعيل الدمشقي العطار أبو عبد الله الزاهد القدوة، ثقة، توفي سنة (217هـ ـ 832هـ). ينظر: العبر 1/ 372.

(3) في نسخة: «خق»: (الوليدة) وهو موافق لما في الموطأ، وما أثبته من نسخة: «ش» موافق لما في المدونة.

(4) المدونة 10/ 194؛ الموطأ 2/ 612؛ كتاب البيوع، باب ما جاء في العهدة.

(5) أبو الزناد ـ عبد الله بن ذكوان القرشي ـ أبو عبد الرحمن المدني، المعروف بأبي الزناد، ثقة فقيه، مات سنة (130هـ ـ 748م). ينظر: تقريب التهذيب ص302.

(6) في نسخة: «خق»: (واستمر العمل).

(7) المدونة 2/ 1066؛ الفواكه الدواني 2/ 97.

(8) بداية المجتهد 2/ 290.

(9) كفاية الطالب 2/ 226.

(10) المدونة 10/ 357؛ الموطأ 2/ 612.

(11) في نسخة: «خق»: (يكتم فيه).

الأربعة من السنة[1]، وإذا ثبت القول بها تعين النظر في مسائل (تتعلق)[2]، بها.

المسألة الأولى: محلها، ولا خلاف في القضاء بها في كل بلد جرت العادة بالقضاء بها فيه، وهل يقضي (بها)[3] في البلاد التي لم يعرفوها أم لا؟ اختلف الرواية في ذلك عن **مالك**، فروى المدنيون عنه القضاء بها في كل بلد علموا بها أم لا، واعتادوها أم لا، ويحكم بها عله من علمها، أو جهلها وروى المصريون عنه أنه لا يقضي بها حيث لم تجر العادة بها[4].

المسألة الثانية: في تداخل العهدتين، اختلف المذهب على قولين: المشهور من المذهب نفى التداخل[5]، وأن عهدة السنة بعد عهدة الثلاث، وبه قال الفقهاء السبعة، والشاذ عهدة الثلاث داخلة في عهدة السنة[6].

المسألة الثالثة: (اختلف المذهب)[7] في ابتداء عهدة الثلاث، قال **ابن القاسم**: لا يحسب يوم العقد نهاراً كان العقد، أو ليلاً، والابتداء عنده من أول النهار، والثاني من يوم العقد، وقال **سحنون**: الاعتبار من حين العقد إلى مثله من الزمان[8]، وهذا أعدل.

المسألة الرابعة: الضمان في العهدتين من البائع على الصفة التي ذكرناها، والنفقة والكسوة عليه والغلة له على مقضى الضمان، إلا أن المذهب على خلاف ذلك، وفي العهدة الصغرى النفقة والكسوة على البائع والضمان منه، واختلف المذهب في الغلة، والمشهور أنها للمشتري وفيه نظر، لأنها

---

(1) كفاية الطالب 2/ 612.
(2) في نسخة: «خق»: (يتعلق النظر).
(3) ساقطة في نسخة: «ش».
(4) النوادر 6/ 216؛ المنتقى 6/ 62؛ البداية 2/ 289؛ القوانين الفقهية ص177؛ شرح الزرقاني 3/ 328.
(5) المنتقى 6/ 61؛ البداية 2/ 289؛ القوانين الفقهية ص177.
(6) ساقطة في نسخة: «خق».
(7) لأن تلف المبيع في الثلاث من البائع، وفي السنة من المشتري. ينظر: كفاية الطالب 2/ 228.
(8) المنتقى 6/ 58.

تابعة للضمان كما ذكرناه، (ورأى)[1] بعض المتأخرين أن الغلة للبائع (بالتبعية)[2] للضمان، وحكاه عن المذهب هذا حكم العهدة في الصغرى، وأما النفقة والكسوة في العهدة الكبرى فعلى المشتري، والغلة له، والضمان عليه إلا في العيوب الثلاثة فقط. هذا (التحصيل)[3].

المسألة الخامسة: النقد المشترط في عهدة الثلاثة غير جائز لتردده [16/و] بين البيع والسلف وهل يجوز بغير شرط أم لا؟ فيه خلاف في المذهب، ويجوز في عهدة السلف القضاء به على من أباه اعتباراً بالمصلحة، ومراعاة للحاجة إلى الأثمان.

المسألة السادسة: إذا طرأ على المبيع عيب ولم يعلم (أكان)[4] حدوثه في العهدة، أو بعدها، ففيه روايتان[5]: فقال **ابن القاسم** هو من المبتاع حتى يعلم أنه أصابه في العهدة اعتباراً بأصل السلامة وقال **ابن نافع** هو من البائع حتى يعلم أنه سلم في أيام العهدة اعتباراً بأصل الضمان فتقابل هذين الأصلين وقع الخلاف في ترجيح أحدهما على الآخر.

المسألة السابعة: إذ وجبت العهدة بالعادة، أو بالاشتراط فللمشتري إسقاطها، لأن ذلك حق له، فله القيام به وإسقاطه، فإن أسقطه سقط، فإن أحدث في المبيع ما يمنع الرد، ويقتضي الرضى به كالعتق، ثم حدث في العهدة عيب في عهدة الثلاث قولان، قال **سحنون** العهدة ثابتة، والعتق نافذ، ويرجع بقيمة العيب، وفي كتاب **محمد** تسقط بقيمة العهدة، ولا رجوع له[6]، وهذا الحكم في عهدة السنة أيضاً.

قوله: «ويجوز البيع بشرط البراءة[7] في الرقيق دون غيره»: اختلف

---

(1) في نسخة: «ش»: (وروى).

(2) في نسخة: «خق»: (لتقيه).

(3) في نسخة: «خق»: (المتحصل عن المذهب).

(4) في نسخة: «خق»: (إمكان) والصواب ما أثبته من نسخة: «ش».

(5) المنتقى 6/ 59.

(6) المنتقى 6/ 59.

(7) البيع بشرط البواءة: هو حسب تعريف ابن عرفة: ترك القيام بعيب قديم، وقال =

المذهب في بيع البراءة على ستة أقوال[1]:

الأول: جوازه فيما يعلم به البائع من العيوب في الرقيق خاصة، لأنه يكتم عيبه.

والثاني: جوازه في الرقيق، وسائر الحيوان، إذ لا يكاد يحاط بعيوبه.

والثالث: جوازه في الحيوان والعروض، وسائر المبيعات، وهو نص **ابن وهب**، **وابن كنانة**.

والرابع: إنكاره، ولا ينتفع باشتراط البراءة مطلقاً، ولا يبرأ البائع[2] إلا من العيوب التي علمها واشترطها على المشتري.

(**الخامس**: إنكاره إلا فيما خفف السلطان فيه، وفي بيع المواريث لقضاء الديون)[3].

والسادس: إنكاره إلا فيما كان من العيوب لا يتجاوز قيمته ثلث (قيمة)[4] المبيع، وهو قول **المغيرة**، **والمخزومي**، قال بعض الشيوخ المتأخرين: لم يختلف قول **مالك** في جواز بيع البراءة من البيع اليسير، ولا في بيع البراءة في بيع السلطان[5]، ولا في سقوط العهدتين في بيع البراءة، فأما من أجازه مطلقاً فوجهه أن القيام بالعيب حق المشتري، فإذا أسقطه البائع بالبراءة، ورضي المشتري بذلك سقط كسائر الحقوق المالية، وأما من منعه مطلقاً فلأنه من باب الغرر والجهالة، إن لم يعلم البائع عيباً، وإن علمه وكتمه برئ منه فهو غش. وأما من أجازه (مطلقاً)[6] في الرقيق خاصة، فلأنه يكتم

= ابن أبي زمنين: ترك القيام بكل عيب. ينظر: الحدود مع شرح الرصاع 1/ 371 ـ 372.

(1) المنتقى 6/ 72 ـ 78، 73؛ بداية المجتهد 2/ 300؛ حاشية الدسوقي 3/ 112؛ الفواكه الدواني 2/ 128.
(2) ساقطة في نسخة: «ش».
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) ساقطة في نسخة: «ش».
(5) المدونة 10/ 350 ـ 351؛ المنتقى 6/ 72 ـ 73.
(6) ساقطة في نسخة: «ش».

عيبه خوفاً من أن يزهد فيه، وأما من أجازه في سائر الحيوان فلما ذكرناه من أنه لا يكاد يحاط بعيوبه (فيعقد)[1] البائع فيه، ويصدق فيما يدعيه من جهل العيوب التي فيه. وروى **مالك** ﷺ أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه فاختصما إلى عثمان بن عفان فقضى على عبد الله أن يحلف: لقد باع العبد وما به داء يعلمه، فأبى **عبد الله** أن يحلف فارتجع العبد[2]، وصح أن زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة[3]، وإذا ثبت ما ذكرنا، فهل يجوز أن يبيع البائع على البراءة بحدثان ملكه، وإن لم يختبر المبيع، أو لا يجوز بيعه على البراءة إلا بعد الاختبار قولان: المشهور من المذهب اشتراط الاختبار[4]، قال **مالك**: التجار يقدمون بالرقيق فيبيعونه بالبراءة ولم تطل إقامة الرقيق عندهم قال: هؤلاء يريدون أن يذهبوا بأموال الناس باطلاً لا تنفع البراءة[5]، وقال بعد الملك تنفعهم البراءة وههنا فروع تتعلق بما ذكرناه:

فرع: روى **ابن القاسم** أنه إذا باع السلطان عبداً على مفلس، فللمشتري أن يرده بالعيب وهو يؤخذ منه أن بَيْع السلطان ليس ببيع براءة، وحكى بعض أشياخنا أن المذهب لم يختلف أن بيع السلطان بيع براءة، باع للمفلس، أو لقضاء الديون عن الميت، أو على الغائب، وكذلك الوصي إذ باع للإنفاق على يتيمه، فبيعه بيع براءة على المشهور[6].

فرع: إذا فرعنا على المشهور من المذهب أن بيع السلطان بيع براءة،

---

(1) في نسخة: «خق»: (فيعذر).

(2) الموطأ، كتاب البيوع، باب العيب في الرقيق، حديث (1274) 2/ 613.

(3) بداية المجتهد 2/ 300.

(4) التاج والإكليل 4/ 439.

(5) المدونة 10/ 349. قال مالك: ومن ذلك الرجل يأتيه الرقيق قد جلبت من البلدان إليه وهو بالمدينة أو ببلد من البلدان، أو يكون قد جلبها؟ فيقول: أبيعكم بالبراءة، ولا علم لي فقد صدق، ولا علم له، ولم يكشف لهم ثوباً فهو يريد أن يذهب بأموال الناس بهذا الوجه، قال: فما أرى البراءة تنفعه.

(6) المدونة 10/ 354.

فاشترى منه رجل ظاناً أن المبيع مال السلطان، وأنه ليس (بنائب)[1] فيه عن المفلس، ثم اطلع على عيب فهل له القيام به أم لا؟ قولان: أحدهما أنه لا مقال له، لأن بيع السلطان لا يكاد يخفى لاجتماع الناس إليه (واحتيالهم فيه غالباً)[2]. والثاني أن له القيام بالعيب.

قوله: «والعبد يملك ملكاً ناقصاً»: وهذا أصل مذهب **مالك** كما (ذكره)[3] أن العبيد مالكون[4] خلافاً **لأبي حنيفة والشافعي**[5]، والدليل لنا قوله سبحانه: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ۗ﴾ [النور: 32]. وصفهم الله سبحانه بالفقر، والغنى وهما من صفات المالكين، وقال تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا۟ أَنَّا خَلَقْنَا لَهُم مِّمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَآ أَنْعَـٰمًا فَهُمْ لَهَا مَـٰلِكُونَ ﴿٧١﴾﴾ [يس: 71] (نبه)[6] جميع العقلاء حُرِّهم وعبدهم على معرفة الصانع، ووصفهم بأنهم مالكون. وقال ﷺ: **(من باع غلاماً وله مال)**[7] وهذا لام الملك.

والأصل في الكلام الحقيقة لا المجاز ولأنه يملك المنافع كوطء زوجته وغير ذلك [16/ظ] فكذلك الأعيان، ولا خلاف أن لسيده انتزاع ماله إلا أن يتعلق به حق غيره كالمأذون له في التجارة.

ثم ذكر حكم مال العبد في التبعية وهو في البيع للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع[8] اعتماداً على نص الحديث، فإن اشترطه المبتاع جاز وكان تبعاً له، وهو يجوز أن يشتري نصفه أو ربعه أم لا؟ قولان في المذهب: الجواز قياساً

---

(1) في نسخة: «خق»: (بثابت) كذا والصواب ما أثبته من نسخة: «ش».
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) في نسخة: «خق»: (ذكرناه).
(4) التفريع 2/ 179؛ الكافي ص336؛ المعونة 2/ 1069.
(5) بدائع الصنائع 7/ 259؛ المهذب 1/ 267.
(6) في نسخة: «خق»: (ثبت).
(7) حديث: **(من باع غلاماً وله مال)**: صحيح البخاري، كتاب المساقاة والشرب، باب الرجل يكون له ممر، حديث (1543) 3/ 1173.
(8) المعونة 2/ 1070.

على الكل، والمنع لأن القصد إلى التجزية دليل على أنه معتبر لا تبع، وما له في العتق تابع له، وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: **(من أعتق عبداً وله مال فماله له إلا أن يستثنيه سيده)**[1] والأصل أنه مالك للسيد، فلا يخرج منه إلا بدليل، وذكر الخلاف في الهبة والصدقة وإسلامه في الجناية هل يتبعه ماله أم لا؟ قولان والصحيح أنه غير تابع، لأن انتقال الملك لا يكون بالشك[2].

قوله: «ولا تجوز التفرقة بين الأم وولدها»: قلت: الأصل في منع التفرقة قوله ﷺ: **(لا توله والدة عن والدها)**[3] وقوله ﷺ: **(من فرق بين الأم وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة)**[4] وانعقد الإجماع على تحريمه، وإذا كان التفريق محرماً فالجمع واجب، وهل المقصود الجمع في الملك الواحد، أو في البلد الواحد قولان عندنا (وإذا وقع البيع على التفرقة على مراعاة النهي هل يفسخ، لأن النهي يقتضي فساد المنهي عنه أو يفسخ، ويجبران على الجمع فيه قولان عندنا)[5] مبنيان على الاختلاف في النهي كما ذكرناه، وفي حد التفرقة روايتان في المذهب أحدهما الأثغار، والثاني البلوغ، وفي المذهب رواية شاذة بنفي التفرقة مطلقاً تمسكاً بعموم اللفظ[6].

قوله: «ولا يجوز في الأب» قلت: لأن النص لم يتناول إلا الأم لما لها من الشفقة والحنان فلا يستضر بمفارقة الأب كالأم.

قوله: «والتصرية عيب» التصرية في اللغة: الجمع يقال صريت الماء في

---

(1) حديث: **(من أعتق عبداً وله مال فماله له إلا أن يستثنيه سيده)**: سنن أبي داود، كتاب العتق، باب فيمن أعتق عبداً وله مال، حديث (3962) 4/ 28؛ سنن ابن ماجه، كتاب العتق، باب من أعتق عبداً وله مال، حديث (2529) 2/ 745.

(2) المعونة 2/ 1070.

(3) حديث: **(لا توله والدة عن ولدها)**: سنن البيهقي الكبرى، باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة 8/ 5؛ ضعيف. ينظر: تلخيص الحبير 3/ 15.

(4) حديث: **(من فرق بين الأم وولدها. . .)**: سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب في كراهية الفرق بين الأخوين، أو بين الوالدة وولدها في البيع، حديث (1283) 3/ 580. قال أبو عيسى: هذا حديث حسن غريب؛ سنن الدارقطني، حديث (256) 3/ 67.

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) التفريع 2/ 179 ـ 180؛ النوادر 6/ 341؛ المعونة 2/ 1071؛ بداية المجتهد 2/ 274.

الحوض أي جمعته فيه، قال تعالى: ﴿فَأَقْبَلَتِ ٱمْرَأَتُهُۥ فِى صَرَّةٍ﴾ [الذاريات: 29] أي في جماعة من النساء، وقد قدمنا الكلام في حكم المصراة، وبقيت فروع تتعلق بذلك:

الأول: إذا اطلع على عيب المصراة فله الرد به كما ذكرناه إلا أن يرضى بذلك، فلا يرد وهو إن علم أنها مصراة قبل الحلاب أو بعده، وله إذا حلب مرة أن يمهل حتى يحلب مرة أخرى ليعلم مقدار حلبها، فإن حلبها ثالثة فهل له أن يرد بعد الحلبة الثالثة، وهو مقتضى الحديث، أو ليس له الرد، لأنه إذا اختبرها (بالثانية)[1] ثم حلبها الثالثة فهو رضى، قولان عندنا مشهوران[2] ففي كتاب **محمد** له أن يرد إن شاء ولو حلب الثالثة، (وقال **ابن القاسم**: لا يرد إذا علم التصرية بالحلبة الثانية)[3].

فرع: أوجب الشارع ﷺ رد صاعاً من تمر. وفي بعض طرق الحديث: **(صاعاً من طعام)**[4]، وفي بعضها: **(صاعاً من سمراء)**[5] وكل ذلك دفعاً للخصومة، ولو أراد رد اللبن (بعينه)[6] لم يجز لأنه بيع الطعام قبل قبضه، وإنما نبه ﷺ على التمر، لأنه غالب قوتهم حينئذٍ.

فرع: إذا قدرنا أن قيمة الصاع تزيد على قيمة الشاة فهل يقضى عليه بالصاع أم لا؟ ظاهر المذهب أنه يقضى عليه».

فرع: إذا كانت شياه كثيرة مصراة فهل يكتفي بصاع واحد لجميعها أو بصاع لكل واحدة. (اختلف فيه المتأخرون، فقال **ابن القاسم بن الكاتب** بتعديد الصيعان، وقال **أحمد بن خالد**[7]: يُكتَفَى بصاع

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) النوادر 6/ 321؛ المنتقى 6/ 352.
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) حديث: **(صاعاً من طعام)**: صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة، حديث (1524) 3/ 1158؛ سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في المصراة، حديث (1252) 3/ 553.
(5) حديث: **(صاعاً من سمراء)**: صحيح ابن خزيمة، حديث (2407) 4/ 86.
(6) ساقطة في نسخة: «ش».
(7) أبو عمر، أحمد بن خالد بن يزيد القرطبي المعروف بابن الجياب سمع بقي بن =

واحد»)[1].

فرع: إذا رضى بعيب التصرية ثم رد بعيب غيره فهل يقضي عليه برد الصاع أم لا؟ قال **أشهب**: يرد الصاع، وقال **محمد**: لا يرد قصراً للحديث على ما ورد، حكاهما المتأخرون من الأشياخ[2].

قوله: «**وإذا فات المبيع في البيع الفاسد ضمنه المبتاع**»، وهذا كما ذكره أن المبيع بيعاً فاسداً يضمنه المشتري بالقبض، لأنه قبضه بشبهة العقد، ولم يقبضه على حكم الأمانة ويفسخ (ما دام)[3] قائماً. فإن فات بعيب في البدن، أو عقد، عتق، ونحوه أو حوالة سوق وتعذر فسخه رجع فيه (بقيمة)[4] المثل فيما له مثل، أو القيمة في ذوات القيم، وسواء كان البيع مجمعاً على فساده، أو مختلفاً فيه، فإنه يضمن بعد الفوت القيمة، وفي المذهب رواية شاذة أن المختلف فيه إذا فات أمضى بالثمن لشبهة الاختلاف[5].

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**والبيع جائز مساومة ومرابحة**» إلى آخر الفصل كلا البيعتين جائز شرعاً لدخول النوعين تحت عموم قوله سبحانه: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ (وفي)[6] المرابحة (وجهان)[7]، وكلاهما صحيح جائز، ثم ذكر ما ينضم إلى السلعة مما له تأثير في عينها، أو مما لا تأثير له، وبين ذلك أحسن البيان، وحاصل الأمر فيه على ثلاثة أقسام: منها ما يحسب، ويحسب ربحه وهو ما أثر في المبيع بزيادة كالخياطة والصبغ، ومنها ما يحسب ولا يحسب له ربح، وهو غير المؤثر كحمل المتاع من بلد إلى بلد، وكراء

= مخلد، ومحمد ابن وضاح، وغيرهما، وعنه عبد الله بن محمد الباجي، وأهل قرطبة، قال القاضي عياض: كان إماماً في الفقه المالكي. مولده سنة (246هـ ـ 861م). وتوفي سنة (322هـ ـ 934م). ينظر: سير أعلام النبلاء 15/ 240.

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) المنتقى 6/ 533.
(3) في نسخة: «خق»: (إن كان).
(4) ساقطة في نسخة: «ش».
(5) المعونة 2/ 1074 ـ 1075.
(6) في نسخة: «خق»: (وفسر).
(7) في نسخة: «خق»: (بوجهين).

البيوت، ومنها ما لا يحسب ولا يحسب ربحه كالسمسرة والدلالة والشد والطي، وفرق القاضي بين الدلالة والسمسرة جرياً على عرفهم، وهما في عرفنا سواء، ثم ذكر اختلاف المتبايعين، والأصل في هذه المسألة ما ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: (**إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع ويترادان**)[1][2] **وفي حديث ابن مسعود**: (تَحَالَفَا وتَفَاسَخَا)[3]. وتحصيل مذهب **مالك** فيه أنهما إذا اختلفا في مقدار الثمن ففي المذهب فيه خمسة أقوال:

الأول: القول قول المشتري بوجود العقد لأنه الغارم. قال الإمام **أبو عبد الله**: ذكر **اللخمي** في معياره [17/و] أن بعض الأصحاب ذكر عن السيوري أنه وقع في الواضحة أن القول قول المشتري بنفس العقد، وهو قول **أبي ثور**.

(والثاني: أن التحالف والتفاسخ مطلقاً فات المبيع أو لم يفت، إذْ لا ترجيح، وكل واحد منهما مدع ومدعي عليه[4].

والثالث: التحالف والتفاسخ ما لم يفت المبيع، فإذا فات فالقول قول المشتري ترجيحاً بالفوات، لأنه الغارم حينئذٍ ما لم يقبض المشتري المبيع بان به أو لم يبن.

والفوت يكون بتغير السوق وزيادة المبيع (ونقصانه)[5]، وإن اختلفا في جنسه مثل أن يقول: (أحدها)[6] بعتك بدينار، وقال الآخر بثوب، فلا خلاف في هذا أنهما يتحالفان ويتفاسخان، ولو اختلفا في النوع فقال: أحدهما بعتك

---

(1) أي قيمة لسلعة بعد الاستهلاك. ينظر: عون المعبود 9/ 305.

(2) حديث: (**إذا اختلف المتبايعان...**): سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء إذا اختلف البيعان، حديث (1270) 3/ 570؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب خلاف البيعان، حديث (4648) 7/ 302؛ سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب البيعان يختلفان، حديث (2186) 2/ 737.

(3) قال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير 3/ 31: أما روية التحالف فاعترف الرافعي في التذنيب أنه لا ذكر لهما في شيء من كتب الحديث.

(4) ساقطة في نسخة: «ش».

(5) ساقطة في نسخة: «ش».

(6) ساقطة في نسخة: «ش».

بقفيز (قمح)[1]، وقال الآخر بقفيز شعير فهو (كالاختلاف)[2] في المقدار، وقيل: كالاختلاف في الجنس، وإذ أوجبنا التحالف فمن المبدأ باليمين ثلاثة أقوال[3]:

أحدها: تبدئة البائع. لأن أصل الملك له.

والثاني: تبدئه المشتري، لأن البائع قد وافقه على البيع، وإنما خالفه في الثمن.

والثالث: التقارع بينهما، واختاره بعض المتأخرين، أو أهل التبدئة من باب الأولى أو من باب الأوجب، وحكى الشيخ **أبو الحسن اللخمي** وغيره فيه قولان، ولو نكلا عن اليمين قولان أيضاً[4]:

أحدهما: أن القول قول البائع **(لابن حبيب)**[5]، وقيل يترادان: **(لابن القاسم)**[6][7] حكاهما القاضي، وإذا تحالفا انفسخ البيع، فإن أراد أحدهما أمضى ما قاله صاحبه، فهل له ذلك، ويجبر عليه من أباه، لأنه مقتضى الإقرار بالعقد أم لا؟ لأنه قد انفسخ بالتحالف، وهذا كأنه ابتداء بيع قولان عندنا.

وبدأ القاضي من مسائل بالاختلاف في الصحة والفساد (ولا شك أن الأصل الصحة فمن ادعاها رجح قوله بادعاء حكم الأصل، ويحلف لنفي دعوى خصمه إلا أن يكون الفساد)[8] غالباً على البياعات، ففيه حينئذٍ اختلاف في المذهب. قال **سحنون**: القول حينئذٍ قول مدعي الفساد، وإن اختلفَا فيما ينفي اللزوم مثل أن يدعي أحدهما (الخيار، والآخر، البَتُّ)[9]،

(1) في نسخة: «خق»: (حنطة).
(2) في نسخة: «خق»: (كما قدمناه).
(3) القوانين الفقهية ص164.
(4) بداية المجتهد 2/ 313.
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) ساقطة في نسخة: «خق».
(7) النوادر 6/ 408؛ المعونة 2/ 1079.
(8) ساقطة في نسخة: «خق».
(9) في نسخة: «خق»: (أن البيع بينهما بت، ويدعي الآخر أنه بيع خيار).

فالقول قول مدعي البت، لأنه الأصل[1]. وقال **أشهب**: القول قول مدعي الخيار[2]، وحكى الأشهر من المذهب في الاختلاف في المقدار، وقد ذكرنا ما فيه.

قوله: «**وإن كان (اختلافهما)[3] في قبض الثمن**». قلت: قد يختلفان في قبض الثمن، وقد يختلفان في قبض المثمون، فإن اختلفا في قبض المثمون رجع إلى العادة، فإن أشكل الأمر فإن الأصل أن الثمن)[4] والمثمون باقيان بيد أربابهما، إلا أن يثبت الانتقال؟ ولو قيل: إن أصل العقد (يقتضي)[5] التمكين والتقابض فالقول قول مدعيه لكان صواباً، فإن أشهد المشتري على نفسه بقبض الثمن فهل يكون إشهاده شهادة على قبض المثمون أم لا قولان عندنا، وما شهدت فيه العادة باستعجال القبض غالباً نحو البقل واللحم والصرف، فالقول قول مدعي العادة إذا قبض المشتري سلعته، وبان بها، وإن قبضها وهي بيده، ولم يبن بها ففي هذه الصورة قولان: المشهور القول قول البائع، لأنه مدعي عليه القبض، والشاذ أن القول قول المشتري لأنه غارم، وطول الزمان شاهد على صحة دعوى القبض، ولو اختلفا في تعجيل الثمن أو تأجيله رجع إلى العرف، فإن لم يثبت ففيه قولان حكاهما القاضي رواية **ابن وهب** أن القول قول المشتري، ورواية غيره أن القول قول البائع، والصحيح أن الأصل التعجيل فالقول قول مدعيه[6].

واختلف المذهب في العرف هل هو (كشاهدين أو)[7] كشاهد فيحلف مدعيه أم لا قولان عندنا.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**فصل ولا يجوز لمن وطئ أمة الفصل**» إلى آخره.

---

(1) التاج والإكليل 4/ 513.
(2) الجواهر الثمينة 2/ 546؛ القوانين الفقهية ص164.
(3) في نسخة: «غ»: (الاختلاف).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) المعونة 2/ 1079 ـ 1080؛ النوادر 6/ 419.
(7) ساقطة في نسخة: «خق».

شرح: من أراد بيع أمة وطئها وجب على البائع الاستبراء عندنا[1] لاحتمال أن تكون حملت منه فيكون قد باع ولده (وأم ولده)[2]، ومدخلاً للشبهة في نسبه، والنسب أوجب ما احتيط له، وقال **أبو حنيفة والشافعي** الاستبراء في هذه المسألة واجب على المشتري مستحب للبائع[3] وهو ضعيف، والصحيح وجوبه على كل واحد منهما، إما على البائع فلما ذكرنا، وإما على المشتري فلقوله ﷺ: **(لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض)**[4]. قال القاضي **أبو محمد** وغيره من أئمتنا، ولا يحل للمشتري مقدمات الوطء مطلقاً من اللمس للذة وغير ذلك إلا بعد تحقق الاستبراء لاحتمال أن تكون أم ولد البائع[5].

قوله: «والاستبراء حيضة» قلت: لأن البراءة تحقق بها مع أن مقتضى قوله ﷺ: **(حتى تحيض)** وذلك يصدق على الواحدة، واتفاق المتبايعين على استبراء واحد جائز كما ذكره القاضي لحصول الغرض المقصود من البراءة، ويكفي في صحة الاستبراء قولها، لأن النساء مؤتمنات على أرحامهن إلا أن يدعين ما لا يشبه بحال، ثم ذكر حكم القافة عند الالتباس فيها إذا وطآها وأتت بولد يمكن لحُوقُهُ بهما، والقافة عند العرب قوم كانوا يعملون المشابهة، وقد اختلف العلماء في الحكم بها، وقضى بها جمهور الفقهاء من المدنيين، والشاميين وغيرهم، ونهى عن الحكم بها العراقيون[6]، والدليل **لمالك** وسلفه من وجوه: الأول: حديث عائشة رضي الله عنها، قالت: دخل رسول الله ﷺ مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال: ألم تسمع ما قال **مجزز المدلجي**[7]

(1) التفريع 2/ 178؛ الكافي ص300.
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) مختصر الطحاوي ص90؛ مختصر المزني ص225.
(4) سبق تخريجه.
(5) المعونة 2/ 1082.
(6) مختصر الطحاوي ص141؛ مختصر القدوري 2/ 25.
(7) مجزز المدلجي، والد علقمة بن مجزز، وسمي مجززاً لأنه إذا أخذ أسيراً في الجاهلية جز ناصيته وأطلقه، وكان عارفاً بالقيافة، وكان فيمن شهد فتح مصر. ينظر: فتح الباري 12/ 57.

لزيد[1] **وأسامة**: ورأى أقدامهما فقل إن هذه الأقدام بعضها من بعض)[2]، فسرور رسول الله ﷺ بذلك يدل على أنه [17] حق لا باطل كما يقول العراقيون وكان المشركون يطعنون في نسب أسامة، لأنه أسود، وأبوه أبيض.

الدليل الثاني: قوله ﷺ في قصة هلال بن أمية (إن جاءت به على نعت كذلك فهو لشريك). وقد تقدم الحديث[3] وعمل به عمر بن الخطاب بمحضر الصحابة، ولا مخالف له[4] وجرى العمل به المدينة فكان حجة، وإذا ثبت الحكم بالقافة تعين النظر في مسائل:

الأولى: محلها: ومحلها عند مالك اليمين؟ وهل يقضي بها في النكاح أم لا؟ قولان في المذهب، المشهور أنه لا يقضى بها فيه، وقال **ابن وهب** يقضى بها في النكاح[5]، وهو قول **الشافعي**[6].

المسألة الثانية: هل يكتفي بقائف واحد، أو لا بد من قائفين فولان عندنا مبنيان على الاختلاف في القافة هل هي حكم أو شهادة.

المسألة الثالثة: إذا قضى القائف بالاشتراك في الولد الواحد، فقد اختلف الفقهاء فيه، وفي المذهب فيه ثلاثة أقوال:

---

(1) زيد بن حارثة بن شرحبيل أبو أسامة مولى رسول الله ﷺ شهد المشاهد كلها، وكان من الرماة المذكورين، روى عن النبي ﷺ وعنه أبيه أسامة، والبراء بن عازب وغيرهما، استشهد يوم مؤتة سنة (8هـ - 630م)، وهو ابن خمس وخمسين سنة. ينظر: تهذيب التهذيب 3/ 401 - 402.

(2) حديث: (**عائشة أنه ﷺ دخل مسروراً تبرق أسارير وجهه...**): صحيح البخاري، كتاب المناقب، باب صفة النبي ﷺ 3/ 1304؛ صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف، حديث (1459) 2/ 1081؛ سنن الترمذي، كتاب الولاء والهبة، باب ما جاء في القافة، حديث (2129) 4/ 440؛ سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في القافة، حديث (2276) 2/ 280؛ سنن النسائي، كتاب الطلاق، باب القافة، حديث (3493) 6/ 184.

(3) في كتاب الطلاق.

(4) شرح الزرقاني 4/ 32.

(5) المعونة 2/ 1082 - 1083.

(6) مختصر المزني ص317؛ المهذب 2/ 121.

أحدها: أن يؤخر الصبي حتى يبلغ ويقال له وال أيهما شئت اعتماداً على قول عمر بن الخطاب **(للغلام وال أيهما شئت)** كما رواه **مالك** في موطئه.

والثاني: أنه يلحق بأقواهما شبهاً.

والثالث: أن يكون ابناً لهما قاله **أبو ثور**، وروى ذلك عن **سحنون** وغيره من أهل المذهب وبه قال من السلف عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وغيرهما[1]، وهي بنوة شرعية لا بنوة طبيعية، ولا يكون الولد ابناً لأبوين طبعاً. قال سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ﴾ [الحجرات: 13]، وقال تعالى: ﴿أَنِ ٱشۡكُرۡ لِي وَلِوَٰلِدَيۡكَ﴾ [لقمان: 14]، وقال تعالى: ﴿وَوَصَّيۡنَا ٱلۡإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيۡهِ حُسۡنٗاۖ﴾ [لقمان: 14].

وفي المذهب قول رابع أنه لا يكون ابناً لواحد منهما، إذ لا يلحق النسب بالشك، وقد قال بعض أهل العلم بإلحاق الولد: بالقرعة اعتماداً على ما رواه **(الشعبي)**[2] عن زيد بن أرقم[3] قال: كان علي ﷺ (باليمن) فأتى امرأة وطئها ثلاثة أناس في طهر واحد فسأل كل واحد أن يقر لصاحبه بالولد فأبي فأقرع بينهم وقضى بالولد للذي أصابته القرعة[4] رواه **الثوري** بإسناده[5].

---

(1) شرح الزرقاني 4/ 32.

(2) في نسخة: «خق»: (الشافعي) وهو خطأ.

(3) زيد بن أرقم بن قيس الأنصاري الخزرجي صحابي مشهور، أول مشاهده الخندق وأنزل الله تصديقه في سورة المنافقين، مات سنة (68هـ ـ 688م). ينظر: تقريب التهذيب ص222.

(4) حديث: **(كان علي ﷺ باليمن فأتى بامرأة وطئها ثلاثة أناس)**: سنن النسائي، كتاب الطلاق، باب القرعة في الولد إذا تنازعوا فيه، حديث (3488) 6/ 182؛ سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب القضاء بالقرعة، حديث (2348) 2/ 786.

(5) وهو: الثوري عن صالح عن الشعبي عن عبد خير عن زيد بن أرقم. ينظر: سنن البيهقي الكبرى 3/ 496.



كتاب الإجارة(1)

قال القاضي رحمه الله: «**الإجارة جائزة**» إلى قوله: «**والإجارة ضربان**».

شرح: الإجارة مشروعة، والدليل على ذلك الكتاب والسنة (والإجماع)(2) أما الكتاب فقوله سبحانه: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، وقوله سبحانه: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: 27] الآية، والدليل على ذلك من السنة من وجوه:

الأول: قوله ﷺ: **(أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه)**(3).

والثاني: حديث الثلاثة الذين انطبقت عليهم الصخرة في الغار، وذكر فيه (أنه استأجر أجيراً)(4) الحديث وهو ثابت في الصحيح، وقال ﷺ: **(ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة وذكر رجلاً استأجر أجيراً فاستوفى عمله ولم يوفه أجره)**(5) وقال ﷺ: **(إن الله يطوي المظالم يوم القيامة ويجعلها تحت قدميه**

(1) الإجارة في اللغة: من الأجر، وهو الثواب، والأجرة الكراء، وفي الاصطلاح بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة، ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبعض بتبعيضها. ينظر: الصحاح 2/ 176؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 516.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) حديث: **(أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه)**: سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب أجر الأجراء، حديث (2443) 2/ 817. وفيه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف، وأصله في صحيح البخاري. ينظر: نصب الراية 4/ 129؛ سنن البيهقي الكبرى، كتاب الإجارة، باب إثم من منع الأجير أجره، حديث (11439) 6/ 121.

(4) حديث: **(الثلاثة الذين انطبقت عليهم الصخرة في الغار)**: صحيح البخاري، باب أم حسبت أن أصحاب الكهف، حديث (3278) 3/ 1278؛ مسند أبي عوانة، حديث (5553) 3/ 423.

(5) حديث: **(ثلاثة أنا خصمهم...)**: صحيح البخاري، كتاب الإجارات، باب إثم من =

إلا ما كان من فض الخاتم وعرق الأجير) ذكره الإمام **أبو بكر بن فورك** في المشكل[1]، وذكرناه في كتابنا[2] فيه، ومنها ما خرجه **البخاري** عن عائشة قالت: استأجر رسول الله ﷺ **وأبو بكر** رجلاً من بني الديل وقيل: إنه **عامر بن فهيرة**[3] هادياً خريتاً[4] وهو على دين كفار قريش فدفعا له راحلتيهما وواعداه غار ثور براحلتيهما بعد صبح ثلاث ليال، وذلك حين أمر بالهجرة من مكة إلى المدينة فطلب **أبو بكر صحبته)**[5].

وأجمع العلماء على جواز عقد الإجارة[6] إلا من لا عبرة (بمخالفته مخالفة)[7] الجمهور كالأصم وابن عيينة فإنهما منعاها[8].

قال بعض شيوخنا: ولعل الأصم لم يبلغه الإجماع لصممه، وإنما منعاها، لأن المنافع في العقد معدومة، فكان اشتراؤها غرراً، (وكان من باب)[9] بيع ما لم يخلق، وإذا ثبت جوازها فهل هي من العقود الجائزة

= منع أجر الأجراء، حديث (2150) 2/ 792.

(1) مشكل الحديث لابن فورك ص97، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدرآباد - الدكن - الهند الطبعة الثانية سنة (1391هـ - 1970م). ونصه: إن الله يطوي المظالم يوم القيامة فيجعلها تحت قدميه إلا ما كان ممن أجل الأجير، وعقر البهيمة وفض الخاتم.

(2) يقصد كتابه منهاج المعارف إلى روح العوارف.

(3) عامر بن فهيرة التيمي مولى أبي بكر الصديق، استرق في الجاهلية، فاشتراه أبو بكر الصديق فأعتقه وهو من السابقين إلى الإسلام، وممن كان يعذب من أجل إسلامه، روت عائشة ﵄ كلامه. ينظر: تهذيب التهذيب 5/ 80.

(4) الخريت: الماهر الذي يهتدي لاخرات المفازة، وهي طرقها الخفية، ومضايقها، وفيه إنه يهتدي بمثل خرت الإبرة من الطريق. ينظر: الغريب لابن قتيبة 1/ 386؛ الفائق 1/ 369؛ النهاية 2/ 19؛ لسان العرب 2/ 30.

(5) حديث: **(استأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الديل...)**: صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين، حديث (2144) 2/ 790.

(6) التفريع 2/ 183؛ الكافي ص368؛ عيون المجالس 4/ 1797؛ الهداية 3/ 260؛ الأم 4/ 25؛ المغني 6/ 2.

(7) في نسخة: «خق»: (به لمخالفته).

(8) بداية المجتهد 2/ 359.

(9) في نسخة: «خق»: (وكأنه).

كالجعل والشركة، أو من العقود اللازمة، جمهور أهل العلم أنها من العقود اللازمة[1].

قوله: «ولا تصح أن تكون المنافع المعقود عليها معلومة» ينبغي أن يزيد من جنس ما لم ينه عنه الشرع احترازاً من المنافع المعلومة المنهي عنها كأجر (النائحات)[2] والمغنيات وغير ذلك، ثم ذكر العلم بالمنافع طريقين: أحدهما: أن يكون جنس المنفعة معلوماً كركوب الدابة، وبناء الحائط، وخياطة الثوب، وسكنى الدار ونحوه مما يعلم بالمشاهدة. والثاني يلزمه فيه ضرب الأجل لينحصر به، وهذا الذي قاله فيه نظر، فإن ركوب الدابة، وسكنى الدار وإن كانا معلومين فيلزم فيهما ضرب الأجل (ابتداء وانتهاء)[3] لينتفي الغرر (وتتبين المدة)[4] المشترة منافعها لا محالة، ويتنزل ذكر المسافة في ركوب الدابة منزلة ذكر الأجل، ثم ذكر ضابطاً كلياً لما يجوز استئجاره من المنافع فقال: كل عين لها منفعة يجوز تناولها بغير أجرة فإجارتها لتلك المنفعة جائزة، وهذا معترض فإن إجارة الآبق والبعير الشارد ممنوعة وهبة أعيانهما وهبة منافعهما جائزة لجواز هبة الغرر، والمجهول، وانظر هل يدخل تحت هذا [18/و] الضابط إجارة الدنانير والدراهم وغيرهما مما لا يعرف بعينه أم لا؟ (وظاهره)[5] تناوله، وإن كانت إجارة ذلك لا تصح على المشهور من المذهب. قال **ابن القاسم**: وإجارة الدنانير والدراهم قرضاً وإنما لم تصح إجارتها، لأن الإجارة تقتضي تمليك الانتفاع بها[6]، وذلك يستلزم إتلاف أعيانها، إذ لا منفعة فيها مع بقاء العين، فإذا أتلف (عينها)[7]، ورد مثلها صار

---

(1) التفريع 2/ 187؛ الكافي ص268؛ المقدمات 2/ 166 ـ 184، 167. وبه قال الشافعية والحنابلة خلافاً للحنفية. ينظر: مختصر الطحاوي ص128 ـ 129؛ روضة الطالبين 5/ 239؛ المغني 6/ 80؛ الإنصاف 6/ 58.

(2) في نسخة: «ش»: (النائحة).

(3) ساقطة في نسخة: «ش».

(4) في نسخة: «ش»: (وتعين المادة).

(5) في نسخة: «خق»: (فظاهر اللفظ).

(6) المعونة 2/ 1090 ـ 1091؛ بداية المجتهد 2/ 366.

(7) في نسخة: «خق»: (أعيانها).

حكم الإجارة إلى القرض في المعنى، فإن استأجرها فهي قرض، والإجارة ساقطة عن المستأجر على قول **ابن القاسم**، وأجاز الشيخ **أبو بكر الأبهري** وغيره استئجارها للتجمل بها[1]، (والتكثير)[2] ليراها الناس بين يديه لما يتعلق (له)[3] بذلك من الأغراض (بشرط)[4] أن يكون مالكها حاضراً مع مستأجرها خوفاً من إتلاف عينها، ورد مثلها مع زيادة الأجرة فتكون سلف جر نفعاً ثم ذكر القاضي أن إجارة الأعيان مدة معلومة على ثلاثة أضرب: أحدهما أن يبين الابتداء والانتهاء، وهذا لا خلاف في جوازها لانتفاء الغرر فيه من كل وجه. والثاني: أن يذكر المدة ولا يبين أولها، واتفق المذهب على جواز ذلك إحالة على العادة، إذْ مقتضاها أن أول المدة من حين العقد كابتداء الأجل في السلم وفي اليمين فيمن حلف أن لا يكلم فلاناً شهراً (فانعقد اليمين)[5] عليه من وقت يمينه بحكم العادة، في جميع ذلك، وقال **الشافعي**: إن لم يبين أول المدة في الكراء فهو باطل ورآه غرراً[6]. والثالث: أن يعقد الكراء منه مشاهرة، فيقول الشهر بكذا، أو السنة بكذا، فالخلاف في هذا القسم في محلين:

الأول: في جوازه، ولا خلاف في مذهب **مالك** في جوازه[7]، لأن المنافع معلومة المقدار في المعنى فهو بمنزلة أن يقول له بعتك ما في هذه الصبرة ما شئت كل قفير بكذا، ومنع **الشافعي** كراء المشاهرة من حيث إن المنافع لم تتقيد[8]، وله وجه من النظر.

الثاني: إذ انعقدت الإجارة مشاهرة فله أن يخرج متى شاء، وللمالك أن يطالبه بالخروج متى شاء. واختلف المذهب هل يكون عليه من الأجر بحسب

---

(1) المعونة 2/ 1091.
(2) في نسخة: «خق»: (والنظر).
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) في نسخة: «خق»: (ويشترط).
(5) في نسخة: «ش»: (فانعقاد الأجل).
(6) الأم 4/ 26 ـ 27؛ المهذب 1/ 396.
(7) المعونة 2/ 1089.
(8) الأم 4/ 26 ـ 27.

ما سكن وهو الصواب، إذ العقد (لم يكن)[1] على شهر كامل، وإنما وقع على (حساب)[2] أن الشهر بكذا وتكون عليه أجرة شهر واحد أو سنة كاملة إن كانت الإجارة مشاهرة أو مساناة وكل الكراء (واقع)[3] على الحد المقدر من سنة، (أو شهر)[4].

تكميل: شرط علماؤنا في المنفعة المشتراة في عقد الإجارة خمسة شروط:

الأول: أن تكون معلومة من الطرفين كما ذكرناه، واختلف في فروع (تتعلق بهذا الشرط)[5].

الأول: إذا استأجر الطحان بصاع من دقيق أو القمح الذي يطحنه، ففيه قولان الجواز، لأنه معلوم حكاه الشيخ **أبو الفرج**، والمنع، وهو قول **ابن المواز** للغرر.

الفرع الثاني: إذا قال له القط زيتوني أو أحصد زرعي فما لقطت أو حصدت فلك نصفه فيه قولان: الجواز **لابن القاسم**، (لأنه جعل)[6] له الترك متى شاء، والمنع لغيره لإمكان الغرر[7].

والشرط الثاني: حصول المنفعة للمستأجر احترازاً من الاستئجار على العبادة التي لا تصح النيابة فيها (شرعاً)[8] كالصلاة والصوم، والخلاف في جواز النيابة في الحج معلوم، وتجوز الإجارة على غسل الميت، (لأن كل

---

(1) في نسخة: «خق»: (يكون).
(2) في نسخة: «خق»: (حسب).
(3) في نسخة: «خق»: (قد وقع).
(4) ساقطة في نسخة: «ش».
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) في نسخة: «ش»: (وجعله جعلاً).
(7) المدونة 2/ 459. وفيها: إذا قال له القط زيتوني هذا فما لقطت منه من شيء فلك نصفه، أيجوز أم لا؟ قال هذا جائز عند مالك، وقال غيره إن كان ذلك ليس بجائز في اللفظ.
(8) ساقطة في نسخة: «خق».

واحد من الحي والميت)[1] ينتفع بذلك. واختلف المذهب في جواز الإجارة على الأذان والصلاة، فمنع **ابن حبيب** الإجارة على ذلك مجتمعين أو مفترقين، (وأجاز ذلك ابن عبد الحكم مجتمعين أو مفترقين)[2]، وكأنها إجارة على ملازمة الموضع الخاص على ارتقاب الأوقات لا على العبادات، والمشهور من المذهب جواز الإجارة على الصلاة مع الأذان لا على الصلاة وحدها[3]، وصح أن عمر بن الخطاب أجر **سعيد القرظي** رزقاً للأذان، وكان أحد مؤذني النبي ﷺ.

والثالث: أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها حساً وشرعاً، فإن كانت غير مقدور عليها حسا لم تجز الإجارة كالاستئجار على تعليم الأخرس اللفظ، والأعمى الخط، وكذلك إن كانت للمنفعة غير مقدور على تسلميها شرعاً. فالعجز الشرعي كالعجز الحسي مثل أن يستأجر حائضاً على كنس المسجد، فالإجارة (غير جائزة)[4].

والشرط الرابع: أن لا يتضمن استيفاء (المنفعة استيفاء)[5] العين، فإن تضمن ذلك لم تجز الإجارة مثل أن يستأجر (الأشجار)[6] لأكل ثمارها، والشاة والناقة لنتاجها فهذا بيع عين قبل الوجود لا شراء منفعة.

والشرط الخامس: أن تكون المنفعة متقومة، وعلى هذا اختلف في فرعين:

الأول: إجارة المصحف. فقال **ابن حبيب**: لا تجوز إجارته، وأجاز بيعه، قال: وكره إجارته من لقيت من أصحاب **مالك**، واختلف قول **ابن القاسم**، لأن إجارته ثمن للقرآن وبيعه بيع الورق والخط فافترقا[7].

---

(1) في نسخة: «خق»: (لأنه).
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) القوانين الفقهية ص181 ـ 182؛ مواهب الجليل 1/ 455.
(4) في نسخة: «خق»: (فاسدة).
(5) ساقطة في نسخة: «ش».
(6) في نسخة: «خق»: (الأصول).
(7) المدونة 11/ 418؛ التاج والإكليل 5/ 423؛ مواهب الجليل 5/ 422.

الفرع الثاني: هل يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها، وفيه روايتان[1]: الجواز، والمنع، وكلاهما للأصحاب.

قوله: «**وعقد الإجارة لازم من الطرفين**»[2] قد ذكرنا اختلاف العلماء في ذلك والمعول عليه اللزوم، لأنها بيع من البيوع، فإن طرأ (على العين المستأجرة ما يمنع استيفاء المنافع منها انفسخت الإجارة[3]، وكذلك إن طرأ ما ينقص منها)[4] نقصاً يتضرر به المكتري مثل تساقط السقف وكثرة التأذية بالقطر، مثل القاضي القسم الأول المانع من استيفاء المنافع باحتراق الدار (وإنهدامها)[5] أو غصبها أو [18/ظ] مرض العبد والدابة، وهذه (محلها أسباب تقتضي الفسخ لحصول الخلل في المعقود عليه، وكذلك الحوانيت يأمر السلطان (بغلقها)[6]، فإن الكراء يفسخ على نص الروايات، وهي كغصب العين، أو المنفعة.

فإن نقصت المنفعة وأراد الإصلاح ورفع الضرر الموجب لنقص المنفعة مضى ذلك، فإن أدى (ذلك) إلى ضرر بالمستأجر لطول المدة، فله الفسخ إذا كان ضرره لا يمكن البقاء معه فهو سبب للخيار في فسخ العقد إن شاء فإن أمكن استيفاء المنافع وتعذر أحد المتعاقدين فالإجارة لازمة لا تنفسخ عندنا إلا في كراء الدابة للحج، لأن أيام الحج معلومة، وأما غير ذلك فلا، مثل أن يستأجر حانوتاً ليبيع فيها متاعه، فيحترف، أو دار ليسكنها، ثم يريد السفر ونحوه لأن (العقد لازم)[7] مع إمكان استيفاء المنافع، وقال تعالى: ﴿أَوْفُواْ

---

(1) مواهب الجليل 5/ 422.

(2) يعني أن الإجارة عقد لازم يتعين الوفاء به من الطرفين لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ والأمر في الآية للوجوب، أما قول القاضي عبد الوهاب في أول الباب الإجارة جائزة، فهو لبيان حكمها الأصلي، لِأنها قد تكون مكروهة، وقد تكون محرمة.

(3) المعونة 2/ 1094.

(4) في نسخة: «خق»: (ما تنقص منه المنفعة).

(5) في نسخة: «ش»: (وهدمها).

(6) في نسخة: «خق»: (بتقفيلها).

(7) في نسخة: «خق»: (هذا فسخ للعقد اللازم).

﴿بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ بخلاف تعذر المنفعة، وتعلق بنقص المنفعة من العين المعقود عليها.

فروع:

الأول: إذا اكترى أرضاً فغرقت فمنع ذلك من (الانتفاع)[1] بها، فهل يسقط عنه الكراء أم لا؟ فصل الأشياخ فقالوا إن كان غرقها في الإبان بحيث لو انحصر الماء عن الأرض لأمكن زرعها، فلم ينحصر فالكراء ساقط، وكان كانفساخ الإجارة، وإن كان الغرق بعد الإبان فالكراء لازم لا يسقط منه شيء[2]، ولو استأجر أرضاً فكانت النمل والدود ونحو ذلك مما يفسده، ولم يبينه له رب الأرض فالكراء ساقط عن المستأجر نص عليه **أبو الحسن اللخمي** ولو استأجر أرضاً للزراعة فزرعها فأصابته جائحة فالكراء لازم، ولا يسقط عنه منه شيء.

قوله: «وتسليم الأجرة (غير مستحقة)[3] بمجرد القول» وهذا تنبيه على مذهب **الشافعي**[4] لأن مالكاً يرى أن الأجرة ثمن للمنافع، فكل جزء من المال يقابل كل جزء من المنفعة إلا أن تكون هناك عادة، أو شرط، أو يكون التقديم هو مقتضى الأحكام[5]، وبه قال **أبو حنيفة**[6] وقال **الشافعي**: يجب تسليم الأجرة عند تمام العقد وانبرامه، فإن كانت الأجرة عرضاً معيناً، أو طعاماً رطباً يسرع إليه الفساد، فالتعجيل في هذه الصور خارج عن الأصل، لأنه لو أخر العرض المعين لكان من باب المعين (يقبض إلى أجل)[7] فيؤدي إلى الجهل (والغرر)[8] لإمكان تغيره بالتأخير، فالشرط ظاهر بالتنصيص عليه، والعادة في الطعام الرطب والفواكه كون التقديم هو موجب الأحكام مثل أن

(1) في نسخة: «ش»: (الاستيفاء).
(2) المعونة 2/ 1096.
(3) في نسختي: «ش» و«ز»: (غير مستحق) وكلا اللفظين صحيح.
(4) الأم 4/ 26؛ مختصر المزني ص126؛ الإقناع ص100.
(5) التفريع 2/ 184؛ الرسالة ص219؛ الكافي ص368؛ القوانين الفقهية ص181.
(6) مختصر الطحاوي ص128.
(7) في نسخة: «خق»: (بتأخر قبضه).
(8) في نسخة: «خق»: (في القدر) بدل (والغرر).

يكون الثمن (عرضاً)[1] معيناً فتأخيره من باب المعين بقبض إلى أجل، وهو ممنوع، واختلف في فروع:

إذا استأجر بثوب معين ومقتضى العرف التقديم (جازت الإجارة)[2]، فإن كان مقتضى العرف التأخير، فهل يحمل الإطلاق على العرف الفاسد فيفسد العقد أو يصح تغليباً لمقتضى الأحكام على مقتضى العرف فيه قولان عندنا.

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **«الإجارة ضربان: إجارة عين[3] وإجارة في الذمة»**[4] إلى قوله: **«والجعل جائز»**.

شرح: وهذا كما ذكره في أن الإجازة المتعلقة بالعين تقتضي تعليق العقد بتلفها العين وانفساخه تبلغها، إذ هو مقتضى التعيين.

قوله: «وتقع المحاسبة» يعني: في الدواب وغيرها ما عدا السفن، فلا محاسبة فيها على المشهور، لأنها على البلاغ، وتنفسخ الإجارة بموت الرضيع والصبي المتعلم لتعذر الخلف غالباً، ولو استأجر على خياطة ثوب فهلك الثوب فهل تنفسخ الإجارة، أو عليه البدل إذا لم يتعذر غالباً قولان. واختلف المذهب إذا استأجر على رعاية غنم، هل يلزم اشتراط الخلف في أصل العقد أم لا يلزم، إذ هو مقتضى الحكم قولان المشهور اشتراط ذلك في العقد وقيل: هو مقتضى حكم، فلا حاجة إلى الاشتراط، وعندنا رواية ثالثة بالفسخ عند موتها[5] ولا سبيل إلى البدل، لأنه فسخ دين في دين.

(**قوله: «والشروع في الاستيفاء»**: وهذا كما ذكره، لأن قبض الأوائل كقبض الأواخر)[6].

قوله: «وموت أحد المتعاقدين لا يوجب فسخ الإجارة»: هذا مذهب

---

(1) في نسخة: «خق»: (عينا).
(2) في نسخة: «خق»: (بالإجارة).
(3) كالدابة والعبد للخدمة، ولا بد في هذا النوع من الإجارة من تحديد أجل معلوم، وثمن معلوم.
(4) كالإجارة لبناء البيت أو خياطة الثوب.
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) بداية المجتهد 2/ 375؛ القوانين الفقهية ص181.

مالك[1] خلافاً **لأبي حنيفة**[2] والدليل لنا أنه عقد معاوضة لا ينفسخ بموت أحد المتعاقدين كالبيع[3] وبه قال **الشافعي، وأحمد، وداود، وأبو ثور**، وغيرهم[4]، واعتمد **أبو حنيفة** على أن الملك بالموت قد انتقل إلى الورثة وقياساً على النكاح الذي يبطل الموت.

قوله: «**أو ما عدا الشرب**» يعني: أن الزرع في أرض السَّقْي يسقط الكراء بخلاف سائر الجوائح وقد قدمناه)[5].

قوله: «**ولا يتعين ما تستوفي به المنافع وإن عيَّن**» قلت: إن كان إشارة إلى مسألة الغنم فهو صريح مذهب **ابن القاسم**، وإن كانت إشارة إلى غيره ففيه نظر.

ورأى القاضي أن تعيين المحل كالوصف، فلا تنفسخ الإجارة بذهاب المحل ويتنزل المثل منزلة العين، وهذا الأصل عندنا فيه خلاف في المذهب، وتظهر فائدته إذا فات المحل كتلف الغنم وهلاك الثوب هل تنفسخ الإجارة أم لا؟ وعليه البدل قولان مشهوران قد تقدما.

قوله: «**وإذا استأجر دابة ليركبها أجاز أن يركبها (غيره)**[6] **وكذلك إذا اكترى أرضاً ليزرعها**»: وهذا الذي قاله هو الصحيح خلافاً لمن منعه، والحجة لنا أنه ملك المنافع، فله أن يفعل فيها ما شاء مما لا يضر برب الأصل.

---

(1) التفريع 2/ 184؛ الكافي ص377 ـ 378؛ بداية المجتهد 2/ 375؛ القوانين الفقهية ص183.

(2) مختصر الطحاوي ص28؛ مختصر القدوري 2/ 105.

(3) ويحل الورثة محلهما في استيفاء المنفعة إلا إذا تلف المنفعة أو تعذر استيفاؤها، أو يكون المؤجر مستحقاً لوقف وأكراه مدة مستقبلة، قبل انقضائها فإن لمن استحق الوقف بعده فسخها. ينظر: الفواكه الدواني 2/ 119.

(4) الإقناع للشربيني 2/ 350؛ متن أبي شجاع ص142؛ المغني 6/ 42؛ بداية المجتهد 2/ 375.

(5) ساقطة في نسخة: «ش».

(6) في نسخة: «غ»: (مثله).

قوله: «وإذا زاد (على ذلك)[1] قيمة الزيادة»[2]: وفيه تنبيه على خلاف أبي حنيفة، قال: لا كراء فيها زاد[3] لأنه (المتسلط)[4] وهذا خطأ فإنه لم يسلطه على الزيادة، فإذا زاد فقد انتفع، فعليه قيمة الزيادة، وأما الدابة يزيد عليها في المسافة فعليه الأجرة الأولى بلا خلاف، وربها بالخيار في تضمين قيمة الدابة، وأخذ قيمة الزيادة، لأنه متعد بالإمساك وحبسها عن أسواقها، فعليه الضمان كالتعدي بالأصل[5]، وقال الشافعي: ليس لرب الدابة [19/و] تضمين قيمة الدابة لبقاء عينها، وإنما على المتعدي قيمة الزيادة فقط[6]، وهو (سديد)[7] في النظر وقد اشترطنا الإجارة أن تكون معلومة من الطرفين، وطعام الظئر[8] والأجير وكسوتهما معلومان بالعادة، ويقضى في ذلك بالوسط[9]، فلذلك أجازه الجمهور ومنعه الشافعي في كل أجير[10]، ووافقه أبو حنيفة في الظئر للضرورة[11]، وحكى القاضي جواز كون (الإجارة)[12] ثمناً للمنافع جرياً على المشهور من المذهب[13]، وفيه رواية بالمنع، وبه قال أبو حنيفة، لأنه دين بدين، وهو ضعيف.

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق» ونسخة: «ش».

(2) وبه قال الشافعية أيضاً ينظر: التفريع 2/ 189؛ الكافي ص372؛ القوانين الفقهية ص182؛ الأم 4/ 26؛ مختصر المزني ص127؛ الإقناع ص100.

(3) مختصر الطحاوي ص128؛ مختصر القدوري مع شرح الميداني 2/ 88، 108.

(4) في نسخة: «ش»: (المسلط له).

(5) المدونة 2/ 1097 ـ 1098.

(6) الأم 4/ 35؛ مختصر المزني ص128؛ الإقناع 100.

(7) في نسخة: «ش»: (شذوذ) ولعل الأنسب ما أثبته من نسخة: «خق».

(8) الظئر: المرضعة. ينظر: لسان العرب 4/ 24.

(9) المعونة 2/ 1104.

(10) الأم 4/ 25، 38؛ مختصر المزني ص126؛ الإقناع ص100.

(11) مختصر القدوري 2/ 101.

(12) في نسخة: «ش»: (المنافع).

(13) قال القاضي في الإشراف: لأنهما منفعتان، فيجوز عقد الإجارة على كل واحدة منهما بالإنفراد، فجاز العقد على إحداهما بالأخرى، ولأن عقود المعاوضات ضربان: أعيان ومنافع، فإذا كانت الأعيان يجوز بيع إحداهما بالأخرى من جنس أو جنسين =

قوله: «وإجارة المشاع[1] جائزة من الشريك وغيره»[2]: نبه على خلاف **أبي حنيفة** لأنه قال: لا تجوز إجارته إلا من الشريك خاصة[3]، والصحيح جوازه مطلقاً، لأن الشريك كالأجنبي في إمكان الانتفاع بالجزء المشاع.

قوله: «ولا يضمن (الأجير)[4] ما تلف (في)[5] يده»: قلت لأن يده يد أمانة[6]، وقد قيل بتضمين كل أجير في الطعام وغيره، وإن لم يفرط[7]، وهي رواية عن **مالك**، والمعتمد عليه تضمين الأجراء في الطعام خاصة[8] رعياً للمصلحة، كان منهم تفريط وتغرير أم لا؟.

وإذا قامت لهم البينة على هلاك الطعام من غير تفريط سقط الضمان على الأصح لزوال التهمة بالشهادة ولو قال الراعي: أكلها الذئب، فالأصل أمين فإن ذبحها، وقال: خفت عليها الموت لم يضمن على المشهور، لأنه مصدق، وقيل: يضمن حكاه الشيخ **أبو القاسم**[9].

قوله: «واختلف في كرائها» في الملاح روايتان:

أحدهما أنه لا شيء له بناء على أنه على البلاغ، وقيل: بقدر المسافة، وفرق أصبغ بين أن يلجج[10] أم لا، فإن لجج فهو جعل، وليس له من الكراء

= فكذلك المنافع. ينظر: الإشراف 2/ 72.

(1) المشاع: هو غير المتميز على حدة. ينظر: الفواكه الدواني 2/ 165.

(2) المعونة 11/ 509، 2/ 1103.

(3) مختصر الطحاوي ص131؛ مختصر القدوري ص2/ 100.

(4) في نسخة: «غ»: (أجير).

(5) في نسخة: «غ»: (على).

(6) المدونة 11/ 447.

(7) وهو أحد قولي الشافعي، وروى عن عطاء وطاوس وزفر. ينظر: المهذب 1/ 408.

(8) قال القاضي في الإشراف 2/ 76: لا ضمان على متن استؤجر لحمل شيء إذا ادعى تلفه إلا في الطعام خاصة، لأن عادتهم قد جرت بالتسرع إلى تناول الطعام لقلة مروءتهم واتكالهم على مروءات الناس وترفع أهل القدر والمروءة عن الكلام فيه والمطالبة به، فكانت المصلحة تضمينهم قياساً على تضمين الصناع.

(9) التفريع 2/ 187.

(10) يلجج: أي يصل إلى لجة البحر، وهي معظمه.

شيء إلا بالبلاغ، وإن لم يلجج (فهو إجارة له)[1] بحساب ما سكن[2]، وإن لم يضمن الملاح لأنه غير متعد، فإن تعد وثبت تعديه فهو ضامن إن غر بالفعل، وإن غر بالقول لم يضمن على المشهور، ويتعلق (بالسفينة)[3] ذكر تخفيفها، ولا خلاف في وجوبه في حال الشدة، وخوف الغرق فيلقى من السلع ما ثقل دون الخفيف، واختلف المذهب في الرقيق وهل هو كحرمة الآدمي أو كسائر الأموال، والصحيح أنه كالآدمي ويقع التوزيع على التجار على حسب القيم.

واختلف المذهب في مكان القيمة، فقيل: في حين التلف، وقيل: في أقرب المواضع إليه، وقيل: في المكان الذي تحمل السلع إليه، وقيل: المعتبر الثمن الذي اشتريت به.

قوله: «ويضمن الصناع (المؤثرون)[4] بصناعتهم» قلت: اختلف الفقهاء في تضمين الصناع فقال به مالك ومن (اتبعه)[5][6]، وخالف في ذلك **أبو حنيفة والشافعي** (وأحمد)[7][8] والعمدة لنا أنه يروى عن عمر وعلي وغيرهما[9]، ولا مخالف لهما فكان كالإجماع، وأعطاهم المخالف حكم الأمانة المحضة وهو الصحيح نظراً، وبه أفتى **أبو عمران الفاسي** فشنع عليه فقهاء عصره بالقيروان، (وأن الشتاء حينئذٍ صب في داره بالماء المالح)[10] لما

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».

(2) بداية المجتهد 2/ 384.

(3) في نسخة: «خق»: (بعطب السفينة).

(4) في نسخة: «خق»: (الموسرون) وما أثبته من باقي النسخ هو الصواب.

(5) في نسخة: «خق»: (تابعه).

(6) المدونة 11/ 391؛ المعونة 2/ 1110؛ الإشراف 2/ 75؛ الكافي ص375 ـ 376؛ المقدمات 2/ 179.

(7) ساقطة في نسخة: «ش».

(8) مختصر الطحاوي ص130؛ الهداية 3/ 274؛ الأم 4/ 37؛ مختصر المزني ص127؛ الإنصاف 6/ 72.

(9) بداية المجتهد 2/ 277.

(10) **ساقطة في نسخة**: «خق».

خالف مالكاً[1]، والقول بتضمينهم اعتباراً (بالمصالح)[2]، وسواء عمل في حانوته، أو في بيته بأجر أو بغير أجر، كان التلف بصنعه أو بغير صنعه إذا كان مما يقدر على التحفظ منه.

واختلف المذهب في إفساد الفأر هل يضمنه الصانع أم لا؟ على قولين، ولو قامت لهم البينة على التلف فهل يسقط عنهم الضمان أم لا؟ قولان المشهور سقوطه، عملوه بأجر أو بغير أجر وقال **أشهب**: لا يسقط، (وإن سقط)[3] الضمان عنهم ففي وجوب الأجرة لهم قولان، قال **ابن القاسم**: لا أجرة لهم، وقال ابن المواز: هي لهم. وجه قول **ابن القاسم**: أنهم لم يسلموا المنفعة بتلف العين واعتبر ابن المواز أنه وَفَّى عمله، وهذا حكم الأجير العام، وأما الخاص فأمين محض لا ضمان عليه[4].

فرع: إذا قلنا بتضمين الصناع فشرط الصانع نفي الضمان هل ينتفع بهذا الشرط أم لا؟ فيه قولان عندنا.

فرع: والصناع الضامنون المؤثرون بصناعتهم كما ذكره القاضي، وأما من لم يؤثر كالناسخ يضع عنده الكتاب المستنسخ منه، والحداد يضع (المثال)[5] الذي يعمل عليه. قال **سحنون**: لا ضمان على هؤلاء إذا لم يؤثروا بصناعتهم شيئاً، وقال **محمد**: ضامنون اعتباراً بالمصلحة.

قوله: «**والقول قول الصانع إذا خالفه رب السلعة**» قلت: اختلافهما يتصور في مسائل:

الأولى: أن يقول رب المتاع للصانع سرق مني، وقال الصانع: استصنعتني قولان[6] أحدهما أن الصانع مدع، فالقول قول رب المتاع. والثاني: أنهما يتحالفان، ثم يقال لربه: ادفع له قيمة عمله، فإن أبى قيل له:

---

(1) قال ابن شاس في الجواهر الثمينة 2/ 853: وحكى في التضمين قول بعيد، ولعله يقصد رأي أشهب وأبي عمران الفاسي.

(2) في نسخة: «خق»: (المصلحة).

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) بداية المجتهد 2/ 377 ـ 378.

(5) يعني الأنموذج.

(6) المدونة 11/ 452.

ادفع له قيمة شيئه، فإن أبى كانا شريكين، ولو قال ربه للصانع أودعتكه وقال الصانع: استصنعتني، فقال **ابن القاسم**: هو مصدق إذ العادة لم تجر بالإشهاد على مثل هذا، وقال غيره: الصانع مدعي، فالقول قول ربه.

والثانية: إذا قال الصانع لرب المصنوع: استصنعتني بأجر، وقال ربه باطلاً[1]، فالقول قول الصانع مع يمينه، وهل تكون له أجرة مثله أو الأقل منها. أو ما ادعى من الأجرة قولان عندنا.

المسألة الثالثة: إذا دفع إلى الصانع ببينة فلا يبرئه إلا الرد بالبينة، فإن قبضوا بغير بينة، فادعوا الرد، ولم تقم عليه بينة، فقال **ابن الماجشون**: القول (للصناع لأنهم حائزون بالعمل)[2][3]، ولو اختلفا في مقدار أجرة البناء في دار أو غيره، فالقول قول رب الدار، تكميل: قال علماؤنا من الحزم أن يعلم الأب ابنه الصغير الصنعة إذ المال [19/ظ] تعرض له آفات الزمان، فإن احتاج الولد إلى الصنعة وجدها، وقد علم الله سبحانه كثيراً من النبيئين الصنائع ورضيها لهم، ولو شاء لأغناهم عنها، فالأول من حرث **آدم**، وكان **نوح** نجاراً، وكذلك كان **يحيى بن زكرياء**، وكان **إدريس** خياطاً، وكان **إبراهيم** بزازاً، وكان **داود** صانع الدروع وأجار **موسى** نفسه من **شعيب**، **وسليمان** من الملاحين حين زال ملكه، وفقد خاتمه الذي كان سر أمره، فينبغي (اتباعهم)[4]، والاقتداء بآثارهم صلوات الله عليهم.

فصل

قال القاضي رحمه الله: «**والجعل**[5] **جائز وليس بلازم**» إلى آخره.

شرح: الأصل في جواز الجعل، الكتاب، والسنة، أما الكتاب فقوله

(1) أي بلا أجر.

(2) في نسخة: «خق»: (قول الصانع لأنه حائز بعمله).

(3) بداية المجتهد 2/ 379.

(4) في نسخة: «خق»: (التأسي بهم).

(5) الجعل لغة: ما جعل للإنسان من شيء على فعل، وفي الاصطلاح حده ابن عرفة بأنه: عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه. ينظر: الحدود 2/ 529.

تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: 72] وأما السنة فقد صح أنه ﷺ **أمضى لصاحب الرقية ما أخذ على رقيته حيث شفى زعيم الحي فقال له: (من أكل برقيته فقد أكل برقية حق)**[1] الحديث، والإجماع منعقد على جواز الجعل في الآباق والضوال. واختلف الفقهاء في جوازه فيما عداهما، فمنعه **أبو حنيفة** للغرر والجهالة[2]، وللشافعي قولان: الجواز، والمنع، والصحيح جوازه[3]، اعتماداً على ما ذكرناه.

قوله: «وليس بلازم إلا أن يشرع في العمل»: واختلف المذهب في الجعل هل هو من العقود الجائزة، أو اللازمة، والمشهور من مذهب **مالك** أنه من العقود الجائزة لا يلزم إلا بالعمل كالشركة والقراض وغير ذلك، فإن شرع المجعول له في العمل لزم الجاعل[4] هذا هو الصحيح من المذهب[5].

وحكى الشيخ **أبو الحسن اللخمي** وغيره عن المذهب فيه ثلاثة روايات: أحدها (هذه الرواية الصحيحة المشهورة، الرواية الثانية أنه يلزم بالقول في حق الجاعل خاصة دون المجعول له، الرواية الثالثة)[6] أنه لازم بالقول لهما كالإجارة[7] ومعتمد المشهور من المذهب جريان العمل من السلف بالمدينة عليه.

وإذا فرعنا على جوازه فاختلف فيه في فروع:

الأول: اختار القاضي **أبو محمد** في المعونة، وشرح الرسالة وغيرهما أن الجعل إنما يجوز في الشيء (اليسير الذي لا خطر له، أو فيما كان لا ينحصر بأجرة، ولا يجوز في الشيء)[8] الكثير[9]، وحمله على المذهب،

---

(1) حديث: (**أمضى لصاحب الرقية...**): صحيح البخاري، باب الشرط في الرقية بقطيع من الغنم، حديث (5405) 5/ 216؛ سنن الدارقطني، حديث (247) 3/ 65.
(2) بداية المجتهد 2/ 383.
(3) المهذب 1/ 411؛ الوسيط 4/ 211.
(4) ولا يلزم العامل، بل لا يجوز له الرجوع في أي وقت.
(5) التفريع 2/ 190؛ الكافي ص377؛ القوانين الفقهية ص182.
(6) ساقطة في نسخة: «ش».
(7) التبصرة للخمي 4/ 1/و، حمزاوية رقم 110.
(8) ساقطة في نسخة: «خق».
(9) المعونة 2/ 1115.

وظاهر الروايات أنه يجوز في الكثير واليسير مما لا يتقدر من الأعمال بزمان، هكذا حكى القاضي **أبو الوليد الباجي، وأبو الوليد بن رشد**[1] وغيرهما من المذهب.

قوله: «ومن شرطه تقدير الأجرة دون العمل»: وهذا كما ذكره، لأن الأجرة إن كانت مجهولة دخلها الغرر من الطرفين[2].

الفرع الثاني: إذا وقعت العقدة بين المتجاعلين جازت بشروطها، فإن قال رب الآبق: من جاء بعبدي الآبق فله كذا من غير أن يعقد ذلك مع رجل بعينه، فجاء به، فهل له الرجوع على ربه بما أنفق عليه أم لا؟ المشهور أن له ذلك، وفي العتبية: النفقة من الذي جاء به، وهل له الطلب بالأجرة، وإن كره رب الآبق أم لا؟ فصل فيه أهل المذهب فقالوا إن كان الآتي به عادته ذلك، وعلم منه أن ذلك من شأنه، وأنه ممن يكتسب بذلك، فله أجر مثله، وله النفقة التي أنفقها على الآبق، فإن لم يكن ذلك من شأنه، ولم يكن ممن نصب نفسه للطلب، فلا جعل له على رب العبد، وإن أنفق عليه فهل يُقضَى له بالنفقة عليه أم لا؟ لأنه محتسب فيه قولان عندنا، والمشهور أنه ليس له في هذه الصورة إلا نفقته فقط، ولا جعل له، وقال **ابن الماجشون**: لا جعل له، ولا نفقة.

الفرع الثالث: إذا جاعله على الإتيان بعبده فاستحق العبد بعد أن وجده، وقبل وصوله إلى ربه ففيه تفصيل: إما أن يستحق العبد بحرية ففيه قولان أحدهما أنه لا جعل له على أحد بحال، والثاني: الجعل على الجاعل، وإن استحق بملك في هذه الصورة فجاء به، فهل يكون الجعل على الجاعل أو على المستحق الأول وهو المشهور، لأنه مقتضى العقد.

الفرع الرابع: إذا جاعله على عبده الآبق فأتى به ثم (أفلت)[3] فأتى به

---

(1) قال في المقدمات 2/ 180: وليس من شروط صحة الجعل أن يكون في القليل، وإن كان قد قال ذلك عبد الوهاب وغيره فليس بصحيح، وإنما الصحيح أنه جائز في كل ما لا يصح للجاعل فيه منفعة إلا بتمامه كما قدمناه كان قليلاً أو كثيراً، وغير جائز فيما يكون للجاعل فيه منفعة قبل تمامه كان قليلاً أو كثيراً.

(2) المعونة 2/ 1115.

(3) في نسخة: «خق»: (انفلت).

آخر فلمن يكون الجعل، فيه خلاف والصحيح أنه بينهما بمقدار (التعب)[1]، ولو أخذ الآبق، ثم أرسله ضمن قيمته لتعديه.

الفرع الخامس: إذا أنكر **المالك**: (سعى)[2] العامل في الرد فالقول قول **مالك**: لأنه المدعى عليه الغرم.

الفرع السادس: إذا اختلفا في مقدار الجعل تحالفا ورجعا إلى جعل المثل.

الفرع السابع: اختلف في الجعالة الفاسدة هل ترد إلى جعل مثلها أو إلى أجرة مثلها فيه خلاف في المذهب حكاه القاضي **أبو الوليد**[3]، واختلفت قاعدة المذهب في مشارطة[4] الطبيب على البرء والمعلم على التعليم، (والحافر)[5] على استخراج ماء البئر، والمغارسة في الأرض هل ذلك كله حكم الجعالة، أو حكم الإجارة حكاه القاضي[6] وغيره[7]، فإن كان حكمه حكم الإجارة تعين العمل فيه بالزمان أو غيره مما يضبطه، وإن كان جعلاً امتنع تقدير الأجل لكثرة الغرر حينئذٍ.

---

(1) في نسخة: «خق»: (العبد).

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) جاء في مقدمات ابن رشد 2/ 181 ـ 182: واختلف في الجعل الفاسد إذا وقع، فقيل إنه يرد إلى حكم نفسه، فيكون للمجهول له جعل مثله إن كان أتم العمل، وإن لم يتمه فلا شي له، وقيل إنه يرد إلى حكم غيره وهي الإجارة، فيكون له إجارة مثله. أتم العمل أو لم يتمه. . . .

(4) المشارطة: هي أن يشترط المريض على الطبيب أن يدفع له عند برئه مقداراً معيناً من المال.

(5) في نسخة: «خق»: (والخمار).

(6) المعونة 2/ 1116.

(7) النوادر 7/ 30؛ بداية المجتهد 2/ 383.

باب القراض(1)

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**باب القراض**» إلى آخره.

شرح: قلت: الكلام في جواز القراض وأحكامه وفروعه، قال **الليث بن سعد** كان القراض في الجاهلية معلوماً فأقره الإسلام، وصار سنة، وذكر علماء الآثار انعقاد الإجماع على جوازه، واختلفوا في أول قراض كان في الإسلام(2)، فروى أن أول قراض كان في الإسلام أن عمر بن الخطاب أخرج من السوق من لا يعلم حكم البيوع، وكان فيه **يعقوب** مولى الحرقة جد **العلاء بن عبد الرحمٰن** فأعطاه عثمان مالاً قراضاً فأجلسه في السوق وكان يعلمه ويرعى أحواله، إذ لا يقتضي **عثمان** وورعه إلا ذلك، وقيل: أول قراض كان في الإسلام الذي أخذه **عمر** من أبنائه لما خرج **عبد الله وعبيد الله** ولداه في جيش إلى العراق فلما قفلا مرًّا على أبي موسى [20/و] الأشعري، وهو أمير البصرة فرحب بهما، فقال لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، ويكون لكما الربح فقالا وددنا ذلك ففعل، وكتب إلى **عمر بن الخطاب** أن يأخذ منهما المال فلما قدما باعا فأربحا، فلما دفعا ذلك إلى عمر فقال أكل الجيش أسلفه مثل هذا قالا: لا، فقال **عمر بن الخطاب**: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما، أديا المال وربحه، فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص هذا المال، أو هلك لضمناه، فقال عمر: أدياه فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر:

---

(1) القراض لغة المضاربة، مأخوذ من القرض، وهو القطع، وسمي به القراض الشرعي، لأن رب المال يقطع جزءاً من ماله ليعطيه لمن يعمل له فيه، وحده ابن عرفة بأنه: تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ الإجارة. ينظر: مختار الصحاح ص159؛ لسان العرب 1/ 544؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 500.

(2) شرح النووي على مسلم 6/ 420؛ المقدمات 3/ 6 ـ 7.

يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً، والرجل عبد الرحمٰن بن عوف، فقال عمر: قد جعلته قراضاً، فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال)[1]، فإذ ثبت جوازه، فالربح فيه على قدر ما يتفقان (عليه)[2] من الإجزاء من نصف، أو ثلث، أو سدس، ونحوه، ولو كان الجزء معلوماً بالتقدير. لم يجز مثل أن يقول لك من الربح مائة، أو درهماً فلا يجوز، لأنه لا يعلم هل يزيد الربح على ذلك أو لا يصل إليه فيقوى فيه الغرر، ولو قال له: اعمل في المال على أن لك فيه شركاء، وكانت لهم عادة حملاً على ما اعتادوه، فإن لم يكن في البلد عادة مخصوصة فقال **ابن القاسم**: للعامل قراض مثله، وقال غيره له النصف[3].

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«وإن عقداه على أن جميع الربح لأحدهما جاز»**[4] قلت: وكذلك إن جعلاه المساكين، لأن الربح مال لهما فمن أسقط حقه لصاحبه، أو وهبه لغيره فهو جائز كالهبة المحضة وخالف في ذلك **الشافعي**، فقال إن العقد حينئذٍ فاسد إذا اشترطه أحدهما لصاحبه[5] نفياً للغرر، وقصر له على سنته من حيث إنه رخصة، وذلك أنه إن كانت (خسارة)[6] فعلى رب المال، وإن كان ربحاً فليس له في شيء، فتأكد فيه الغرر مع اشتراط الربح لأحدهما، فلذلك منعه **الشافعي**، وقال **أبو حنيفة**: إذا (كان)[7] جميع الربح للعامل كان قرضاً لا قراضاً[8].

قوله: «ولا (يجوز أن)[9] يكون رأس المال فيه عرضاً ولا غيره سوى

---

(1) الموطأ، كتاب القراض، باب ما جاء في القراض، حديث (1372) 2/ 687.

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) المدونة 12/ 91 ـ 92؛ المقدمات 3/ 12.

(4) وهو المشهور من المذهب. ينظر: التفريع 2/ 193 ـ 194؛ المعونة 2/ 1123، قال الخرشي 6/ 209: يعني أنه يجوز اشتراط ربح القراض كله لرب المال، أو للعامل، أو لغيرهما، لأنه من باب التبرع، وإطلاق القراض عليه حينئذ مجاز.

(5) مختصر المزني ص123؛ المهذب 1/ 386؛ وروضة الطالبين 5/ 122.

(6) في نسخة: «خق»: (خسر).

(7) في نسخة: «خق»: (اشترط).

(8) مختصر الطحاوي ص134؛ بدائع الصنائع، وفيه قال الحنابلة. ينظر: المغني 5/ 144.

(9) ساقطة في نسختي: «ق» و«غ».

الدنانير والدراهم[1]**، وفي التبر**[2] **والنقار**[3] **وخلاف**[4]»: يتعلق (به) الكلام في رأس مال القراض، واشتراط علمائنا فيه أربعة شروط:

الأول: أن يكون نقداً، احترازاً من غيره كالعروض وغيرها، وقد اختلف الفقهاء في القراض بالعروض فمنعه الجمهور[5]، وجوزه **ابن أبي ليلى**[6]، واحتج الجمهور على منعه باختلاف الأسواق في العروض وتباينها بالارتفاع، والانخفاض ويقوى فيها الغرر، فالواجب عند الجمهور أن يقر على سنته، إذ هو خارج عن الأصول، ووجدت (وثيقة)[7] بخط **الشيخ أبي محمد بن أبي زيد** رَحِمَهُ اللَّهُ مضمونها أنه دفع عروضاً لرجل على أن يبيعها، ويجعل ثمنها قراضاً بينه وبينه.

وأصل مذهب **مالك** أنه إذا أعطاه عرضاً يبيعه على أن يجعل رأس المال من العروض فهو ممنوع، ومنعه **الشافعي** أيضاً لأنه قراض ومنفعة، أو قراض وجعل، أو إجارة إن جعل له على البيع ثمناً، ومع ذلك فثمن العرض مجهول

---

(1) وهو المشهور في المذهب، قال القاضي أبو محمد: لا يجوز القراض إلا بالذهب والفضة، لأن القراض رخصة فلا يتوسع فيها ولم تثبت الرخصة فيه إلا بالذهب والفضة دون العروض والطعام والحيوان، لأن موضوع القراض أن ينفرد رب المال برأس ماله، ويكون العامل في الربح مشتركاً هو ورب المال فيه على شرطهما، وتجويز القراض بالعروض يؤدي إلى مشاركة العامل لرب المال في رأس ماله، وأن ينفرد المالك بالربح، ويذهب عمل العامل، لأن رأس المال لو كان طعاماً فإن العامل يحتاج عند المفاضلة إلى رد مثله... ينظر: الإشراف 2/ 55؛ الفواكه الدواني 2/ 175.

(2) التبر: هو الذهب والفضة المخلوطة قُبَيْلَ تصفيتها.

(3) النقار ـ بكسر النون ـ: القطع الخالصة من الذهب والفضة.

(4) والمشهور من المذهب جوازه، قال ابن أبي زيد: والقراض جائز بالدنانير والدراهم، وقد أرخص فيه بنقار الذهب والفضة. ينظر: الرسالة مع شرح الفواكه الدواني 2/ 174.

(5) الحجة 3/ 20؛ التفريع 2/ 194؛ الرسالة ص220؛ المعونة 2/ 1121؛ المقدمات 3/ 16؛ بداية المجتهد 2/ 386؛ الفواكه الدواني 2/ 122.

(6) المغني 5/ 17؛ شرح الزرقاني 3/ 446.

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

فيؤول ذلك إلى الجهل برأس مال القراض، وأجازه **أبو حنيفة**[1]. واختلف المذهب في مسائل:

المسألة الأولى: النقرة غير المسكوكة إذا وقع التعامل بها جاز أن تكون رأس مال القراض إجماعاً فإن لم يكن التعامل بها فهل يجوز القراض بها أم لا، فيه ثلاثة أقوال[2]:

الجواز والمنع والكراهة، فالجواز لأنه ذهب يتعلق الحكم بعينه، والمنع لأنها ليست أثماناً (في الحال)[3]، وإن اعتبرنا القولين خرج من ذلك الكراهة توسطاً بينهما، والتبر عندنا كالنقار سواء.

المسألة الثانية: اختلفوا في الفلوس هل هي كالعروض، أو كالعين، وعندنا فيها قولان **لمالك** وعلى ذلك يجري الخلاف فيها في هذا الباب وغيره[4].

المسألة الثالثة: لا يجوز القراض بالدراهم المغشوشة قاله **القاضي أبو محمد**، وقال غيره: إن جرى التعامل بها[5] في بلد، وصارت فيه أصول الأثمان فهي مثل غير المغشوش.

والشرط الثاني: أن يكون معلوماً، احترازاً من أن يكون صُرَّة مجهولة.

والشرط الثالث: أن يكون معيناً ويدخل تحت هذا الشرط فروع:

الأول: أن يكون له دين في ذمته، فيقول له اجعله قراضاً، ولا خلاف فيه أنه محرم لما فيه من التهمة على أن يكون من باب: انظرني وأزيدك[6]، وهو ربا الجاهلية.

---

(1) كذا في النسختين، والثابت في فقه أبي حنيفة المنع كقول الجمهور، قال محمد بن الحسن الشيباني في كتاب الحجة 3/ 20: قال أبو حنيفة: لا ينبغي أن يكون المضاربة بالعروض ولا تكون المضاربة إلا بالدراهم والدنانير.

(2) التفريع 2/ 194؛ المعونة 2/ 1120؛ المقدمات 3/ 18؛ المنتقى 7/ 81.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) المدونة 12/ 86؛ التفريع 2/ 194؛ المعونة 2/ 1120؛ النوادر 7/ 244؛ المنتقى 7/ 80؛ المقدمات 3/ 18؛ بداية المجتهد 2/ 387؛ الفواكه الدواني 2/ 174.

(5) المنتقى 7/ 81.

(6) قال ابن جزي في قوانينه ص167: قاعدة انظرني أزدك حرام باتفاق، وهي أن يكون =

والثاني: أن تكون الدراهم رهناً بيد العامل، أو بيد أمين، فلا يجوز أن يقارضه بها (حتى يقبض ربها)[1] فإن كانت عنده وديعة فقارضه بها، فالمشهور الكراهة، فإن نزل مضى، والشاذ الجواز وهو الصحيح[2] نظراً، (لأنها)[3] في المعنى تحت يد ربها، [وإن][4] كان ديناً في الذمة، فأحضره لربه جاز أن يبقيه عنده قراضاً بعد حضوره على الأصح لخروجه بإحضاره عن تهمة الإبقاء في الذمة، ولو أمر رجلاً أن يقبض (دينا)[5] له من رجل (آخر، ويعمل به قراضاً لم يجز عند **مالك** وأصحابه، لأنه اشترط لنفسه منفعة)[6] (زائدة)[7] في القراض وهي تكليف (العامل للقبض)[8][9]، وأجازه **الشافعي** لأنه وكالة.

والشرط الرابع: أن يكون مسلماً (إلى يد العامل)[10]، احترازاً من أن يشترط رب المال أن يبقى المال في يده، أو يد غير العامل، فلا يجوز لما فيه من التضييق المؤدي إلى الغرر، وكذلك لو اشترط أن يراجعه، أو وكيله في التصرف لم يجز للتضييق (المؤدي)[11] للغرر (وكذلك شرط:[12] المخرج له من باب الأمانة [20/ ظ] إلى (التهمة)[13]، فإن شرط رب المال أن يعمل معه غلامه بحظ من الربح قولان: الجواز والمنع[14].

= للرجل دين عند آخر فيؤخره به على أن يزيده فيه ذلك كان ربا الجاهلية، سواء كان طعاماً أو عيناً، وسواء كان من سلف أو بيع ذلك.

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) المنتقى 7/ 78.
(3) في نسخة: «ش»: (إلى أنها).
(4) زيادة يقتضيها السياق، ولعلها من سهو النُّسَّاخ.
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) ساقطة في نسخة: «خق».
(7) في نسخة: «خق»: (زيادة).
(8) في نسخة: «خق»: (عمل القبض).
(9) التفريع 2/ 198؛ بداية المجتهد 2/ 387.
(10) ساقطة في نسخة: «خق».
(11) في نسخة: «خق»: (المؤكد).
(12) ساقطة في نسخة: «ش».
(13) في نسخة: «خق»: (الشبهة).
(14) المدونة 12/ 111؛ النوادر 7/ 248؛ المنتقى 7/ 70.

فرع: إذا دفع له مالين قراضاً ففيه تفصيل إما أن يدفع له ذلك على شرط أن يخلطها أم لا؟ فإن كان على شرط الخلط جاز، اتفق الجزء فيهما أو اختلف، فإن كان على أن لا خلط لم يجوز مع اختلاف الجزء لما فيه من الغرر والمقامرة، فإن اتفق الجزء فيهما بشرط عدم الخلط، ففي المذهب في هذه الصورة قولان: الجواز، والمنع، فالجواز أنه مال واحد في المعنى لاتفاق الربح والمنع لأن ذلك إخراج له عن بابه إلى باب المقامرة.

قوله: «**وهو مستثنى من أصول ممنوعة**»: والأمر كما ذكره ولما كان كذلك وجب أن لا يخرج به عن سنته المشروعة فيه، ولذلك لا يجوز فيه الأجل للغرر المتأكد[1] حينئذٍ خلافاً **لأبي حنيفة**[2] تشبيهاً له بالإجارة، ثم ذكر أنه من العقود الجائزة لا اللازمة، لكل واحد منهما (تركه قبل العمل)[3] بخلاف المساقاة على الأصح.

قوله: «**إلا أن يتعلق للآخر فيه حق**» إشارة إلى حكمه بعد وقوع العمل لتعلق حق كل واحد منهما بالعمل الذي هو مظنة الربح غالباً، فإذا اشتغل العامل المال (بسلع فليس لأحدهما حله وعلى العامل بيعها، ونض المال، وكذلك إن طعن به فليس لرب المال)[4] رد العامل بعد طعنه ولو اشترى (العامل)[5] زاد السفر فلرب المال حل العقد، ولا يكون ذلك شغلاً إلا أن يطعن به ويجبر على (رد)[6] المال من أباه إلا أن يكون تأخير (البيع[7]: نظراً مُصلحاً فيحملان عليه على حسب العرف، ومقتضى العادة.

قوله: «**ولا يجوز أن يضم إليه عقد غيره**»: وهذا هو المشهور، لأنه

---

(1) الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2/ 60؛ بداية المجتهد 2/ 389. وبه قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ. ينظر: روضة الطالبين 5/ 121؛ مغني المحتاج 2/ 212.

(2) الهداية 3/ 228. وهو مذهب الحنابلة. ينظر: الإنصاف 5/ 430.

(3) في نسخة: «خق»: (الترك).

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) ساقطة في نسخة: «ش».

(6) في نسخة: «ش»: (انضاض).

(7) في نسخة: «خق»: (السلع).

رخصة أجيز للضرورة (فيقتصر)[1] على ما ورد به الشرع، وحكى أشياخنا خلافاً في المذهب في العقود المختلفة الأحكام هل يجوز أن يضم بعضها إلى بعض أم لا؟ قولان والصحيح المنع[2].

قوله: «(ولا أن يشترط)[3] أحدهما زيادة على صاحبه» تتصور الزيادة المشترطة في حق رب المال، (وفي حق العامل، أما حق رب المال)[4] فمثل أن يشترط بعد اشتراط جزء من الربح زيادة عدد مثل أن يقول في شرط الربح وزيادة مائة دينار أو نحوه وكذلك في حق العامل، وكذلك لو اشترط رب المال الضمان على العامل، فالقراض فاسد، لأنه زيادة (غرر)[5]، وكذلك لو شرط رب المال على العامل زكاة رأس المال فهذا لا يجوز بلا خلاف، فإن شرط أحدهما على صاحبه زكاة الربح ففيه في المذهب (نظر، تحصيله بعد)[6].

قوله: «وله أن يسار بالمال إلا أن يشترط عليه (ترك السفر)[7] وليس له أن يبيع بالدين إلا أن يؤذن له»: وهذا كما ذكره القاضي تحكيماً للعادة، لأن السفر بمال القراض عادة معلومة، وعرف جار عند التجار، إذا لم توجد عنه مندوحة غالباً.

قال **ابن حبيب**: السنة أن لا يخرج العامل بالمال إلا أن يأذن له ربه، ولعله راجع إلى العادة فإن (حجر عليه ربه الخروج)[8] فخرج فهو

---

(1) في نسخة: «ش»: (فيقر).

(2) لأن القراض عند المالكية من العقود التي لا تجمع مع بعضها لانتفاء لوازمها، ومنها القراض مع النكاح أو مع الشركة، أو مع الجعالة، أو المساقاة أو نحو ذلك من العقود، وذلك أن عقد القراض مستثنى من الأصول الممنوعة، فلا يجوز فيه إلا بقدر ما وردت بها الرخصة. ينظر: التفريع 2/ 195؛ الكافي ص386 ـ 387؛ الشرح الصغير 4/ 135؛ الخرشي 6/ 208.

(3) في نسخة: «غ»: (إلا أن يشترط) وفي نسخة: «ش»: (ولا يشترط).

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) في نسخة: «خق»: (مقدرة).

(6) في نسخة: «خق»: (تفصيل بعد).

(7) في نسختي: «خق» و«ش»: (تركه).

(8) في نسخة: «خق»: (شرط عليه ربه ترك الخروج).

متعد[1]، و(وكذلك البيع بالدين خارج عن العرف، فلذلك منعناه منه، فإذا سافر العامل)[2] بالشرط أو بمقتضى العادة الجارية، فهل له النفقة والكسوة أم لا؟ فيه خلاف بين العلماء، وتحصيل القول فيه أنه إن كان به في الحضر فليس له نفقة ولا كسوة إلا بالشَّرط، فإن شغله البيع والشراء عن الانقلاب إلى منزله فنصوص المتقدمين أن نفقته في الحضر على نفسه، ولم يفرقوا، وحكى **ابن القاسم** في وثائقه أنه إذا منعه البيع والشراء في الحضر عن الانقلاب إلى (أهله)[3] فله أن يتعدى (بالأفلس)[4]، فإن سافر فلا يخلو أن يكون يسيراً بحيث تستغرقه النفقة والكسوة أم لا فإن كان يسيراً فلا شيء له بلا خلاف عندنا، وإن كان كثيراً وسافر به إلى بلد له فيه أهل (فلا نفقة في انصرافه إليهم، أو عنهم، وإن لم يكن له فيه أهل)[5] فله النفقة ذاهباً وراجعاً.

وفي المذهب في هذه الصورة قول آخر أن له النفقة في ذهابه دون إيابه حكاه **ابن القاسم** الموثق وحكى **القاضي أبو محمد** أن للعامل في السفر النفقة والكسوة (التي لولا الخروج)[6] بالمال لم يحتج إليها[7]، وهي الزيادة على نفقة الحضر، قال **ابن القاسم** وله أن يكتسى منه في بعيد السفر، ولا يكتسى في قريبه إلا أن يقيم إقامة يحتاج فيها إلى الكسوة[8].

قال **ابن حبيب** (ومن قول **مالك**)[9] أنه ينفق في قريب السفر في ركوبه وطعامه، ولا يكتسى إلا في البعيد[10]، قال **محمد**: والخمسون ديناراً كثيراً

(1) المنتقى 7/ 112.
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) في نسخة: «خق»: (مثله).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) في نسخة: «خق»: (ولو خرج).
(7) المعونة 2/ 1123.
(8) المدونة 12/ 92؛ النوادر 7/ 261؛ المنتقى 7/ 110؛ المقدمات 3/ 8.
(9) في نسخة: «ش»: (ومن قال).
(10) النوادر 7/ 261؛ المنتقى 7/ 110؛ المقدمات 3/ 8.

(وفي غير كتاب **محمد** الأربعين ديناراً كثيراً)[1][2] (وأشهر أقوال)[3] **الشافعي** أنه لا نفقة له أصلاً إلا أن يأذن له رب المال، وروى عنه أن له النفقة (مطلقاً)[4]، (وروى عنه أيضاً أن له النفقة في الحضر)[5][6] وقال **الليث**: يتغذى في الحضر ولا يتعاشى[7].

قال القاضي أبو محمد: «**وينفق القريب على نفسه في إقامته في الحضر كالحاضر يسافر**»[8]: والصحيح أنه ينفق منه بالمعروف إذا انتقل به في السفر والحضر، وكان انتقاله مانعاً من تصرفه لنفسه لأنه لم يدخل على التبرع. وإنما هو طالب للفضل، فلو أوجبنا عليه النفقة من ماله وهو مشتغل بتحريك مال القراض لأدى إلى تلف ماله، ثم ذكر أن يد العامل على المال يد أمانة، فلا يضمن إلا بالتفريط، أو بالتعدي، وكذلك ليس عليه من الخسارة شيء فإن خسر في المال، ونض المال فرده إلى ربه، وبرئ منه، ثم أخذه بعد ذلك فهو قراض مؤتنف، وليس عليه جبر الخسارة إلا أن يعمل فيه بعد الخسارة، وقبل أن يرده إلى ربه فيربح في العمل الثاني قبل الرد فعل العامل الخسارة، ويجبر على ذلك من أباه.

قوله: «**ولا يفسخه العقد بموت أحد المتقارضين**» وهذا كما [21/و] ذكره، وتحصيل القول فيه أنه إن مات رب المال فلورثته من الحق ما لموروثهم، ولهم الفسخ، ورد المال ما لم يشرع العامل في العمل، فإن مات العامل فإما أن يموت قبل الشروع أو بعده، فإن مات العامل قبل الشروع فمن طلب منهما حل العقد فله ذلك، وإن مات بعد الشروع في العمل، فقد تعلق

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) النوادر 7/ ظ26؛ المنتقى 7/ 111.
(3) في نسخة: «ش»: (وشذ قول)، والصواب ما أثبته من نسخة: «خق».
(4) في نسخة: «خق»: (في المرض).
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) مختصر المزني ص122؛ الإقناع ص109؛ المهذب 1/ 387؛ روضة الطالبين 5/ 135.
(7) المدونة 12/ 93؛ النوادر 7/ 261؛ المقدمات 2/ 392.
(8) المعونة 2/ 1124.

الحق بكل واحد من رب المال والعامل، فلورثة (في المال العمل)[1] إن كانوا أمناء أو أتوا بأمين، وإلا رد المال على ربه، ثم ذكر حكم القراض الفاسد، وهل المستحق فيه أجرة المثل، أو قراض المثل. وفصّل بعضهم:

لكل قراض فاسد أجرة مثله ... سوى أربعة قد حصلت بيان
قراض بعرض وقراض مؤجل ... أو إبهام حظ وقراض ضمان

وفرق القاضي بين قراض المثل، وأجرة المثل بما ذكره. وقال **ابن حبيب**: أجرة المثل معلقة بالربح كقول الجمهور في قراض المثل[2]، وحكى القاضي أبو محمد عن بعض الأصحاب أن قراض المثل متعلق بالذمة[3]، (والفرق بين الذمة والرقبة حقيقة أن القبة: عبارة عن ذاته وهيكلته، فإذا قيل: في بعض الأحكام في رقبته، فالمراد أن يقتضي منه عيناً لا بدلاً، وأما الذمة فهي عبارة عن ظرف ودعاء أثبتها الشرع على أن تكون محلاً للإلزام والالتزام شرعاً لا وجوداً لما في الأعيان، وإنما وجودها في الأذهان كالإنسانية في الإنسان، والحيوانية في الحيوان، وذلك أن الآدمي لما فارق الحيوان بخطاب الشرع فارقه بذمة تكون محلاً للإلزام في العقود والحقوق والتمليكات، وسائر الأحكام، وهو نوع كرامة لما أكرموا بالخطاب الملزم للحقوق وأكرموا بالمحل لذلك، وأما الحكمي فهو أن كل دين التزمه برضا من له الدين كان في ذمته، فيسمى دين معاملة، وكل ما التزمه بغير رضى كان في رقبته، فيسمى جباية)[4] كقول الجمهور في إجارة المثل، وتظهر فائدة الخلاف إذا كان أحدهما أقل من الآخر، وفيما إذا عدم الربح على الأشهر.

قوله: «وزكاة رأس المال على رب المال» إلى آخره، وهذا (لا خلاف)[5] فيه أن زكاة رأس المال على رب المال لأنه ملكه، لا ملك فيه

---

(1) في نسخة: «خق»: (العمل المال) تقدير وتأخير.
(2) بداية المجتهد 2/ 395.
(3) المعونة 2/ 1129.
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) في نسخة: «خق»: (لا لاختلاف).

للعامل، وزكاة الربح تابعة لأصله، ويزكي العامل، ورب المال زكاة المالك الواحد على المشهور من المذهب، وتظهر فائدة هذا إذا كان أحدهما ممن لا تجب عليه الزكاة كالعبد والذمي. قال **ابن القاسم**: إذا كان العامل عبداً، أو ذمياً، فلا زكاة عليه في حصته من الربح، إذ ليس من أهل الزكاة، وقال **عبد الملك** تلزمه الزكاة اعتباراً بالملك، ولا يجوز أن يشترط رب المال على العامل زكاة رأس المال بلا خلاف[1]، وهل يجوز اشتراط أحدهما على الآخر زكاة الربح ففي المذهب أربعة أقوال[2]: الجواز مطلقاً والمنع مطلقاً، وجواز اشتراط رب المال على العامل دون عكسه، وقيل: عكسه والصحيح الجواز وكذلك ربع العشر مضاف إلى الجزء الذي وقع العقد عليه، والمنع اعتباراً. بها يتطرق إلى التجزئه من الجهالة بالاشتراط، وهو بعيد، لأن ربع العشر الذي هو مقدار (الزكاة)[3] مضاف بنسبته إلى الجزء فلا جهالة، وبقيت مسائل تتعلق (بالقراض نذكرها فرعاً فرعاً)[4].

الأول: القراض شراء تجارة العامل، ويجب أن تكون غير مضيقة بالتعيين أو (بالتأقيت)[5] وقيدنا بالتجارة لتخرج أعمال اليد كالطرز والصبغ والصناعة وسائر الحرف، فإن العقد عليها استئجار لا قراض، فإن عين له صنفاً من (أعيان)[6] المتاجر فلا يخلو أن يكون كثير الوجود أو (نادر)[7] الوجود، فإن كان (نادراً)[8] لم يجز لما في ذلك من التضييق على العامل (المحقق للغرر)[9] وإن كان كثير الوجود جاز تعيينه، وإن عين له رجلاً

---

(1) التفريع 2/ 198؛ المعونة 2/ 1129.
(2) التفريع 2/ 197، 198؛ المعونة 2/ 1130؛ المنتقى 7/ 93 ـ 94؛ المقدمات 3/ 7؛ البداية 2/ 389؛ القوانين ص186.
(3) في نسخة: «خق»: (الربح).
(4) في نسخة: «خق»: (بذكرها).
(5) في نسخة: «خق»: (بالناحية).
(6) ساقطة في نسخة: «خق».
(7) في نسخة: «خق» (تافه).
(8) في نسخة: «خق»: (تافه).
(9) في نسخة: «خق»: (بلحوق الغرر).

للمعاملة لم يجز وكذلك إن عين له حانوتاً أو سوقاً محصوراً (تندر)[1] فيه السلع.

فرع: قال أهل المذهب لا يبيع العامل بدين إلا بإذن[2]، ولا يشتري بالدين، وإن أذن له، وانظر ما الفرق بينهما، وله الرد بالعيب إذا اطلع عليه، وإن كره رب المال ولا يشتري العامل من رب المال خوفاً من التهمة على القراض بالعروض، ولا يشتري بأكثر من رأس المال، فإن زاد فعل ذمته لا على ذمة رب المال، ولا يجوز للعامل أن يقارض غيره، ولا أن يشاركه، لأن رب المال إنما رضى بأمانته، فإن فعل فهو متعد.

فرع: إذا اشترى العامل أمة من مال القراض فوطئها فحملت فهي له أم ولد إن كان موسراً وإن كان معسراً وله حصة من الربح فالمشهور أن الجزء الذي يخصه منها بحسب ربحه له حكم أم الولد وقيل: جميعها أم ولد، ويتبعه بقيمتها ديناً في ذمته[3]، وإذا أثبتا لها في حال اليسر حكم أم الولد، فعليه لرب المال الأكثر من ثمنها أو قيمتها. واختلف الأشياخ (في تعيين)[4] القيمة، فقيل: يوم الوطء، وقيل: يوم الحمل، لأن به وقع الفوت، ومن ضمن قيمة أمة بالوطء من شريك، أو مقارض فلا شيء عليه من قيمة الولد، وروى عن **مالك** أنها تباع، وإن حملت، وهذا إذا لم يكن فيها فضل، لأنه متعد في ذلك، وإن وطئها العامل ولم تحمل فرب المال مخير بين أن يضمنه قيمتها يوم الوطء، أو يطلبه بثمنها[5] والله الموفق.

فرع: إذا اختلف المتقارضان فاختلافهما في فصول:

الأول: ضياع المال، أو خسارته، فالقول قول العامل مع يمينه، لأنه أمين، فإن اختلفا في رد المال وكان قبضه بغير بينة (صدق، لأنه أمين)[6]،

---

(1) في نسخة: «خق»: (تنزل) وكلاهما يستقيم.

(2) المعونة 2/ 1124؛ بداية المجتهد 2/ 393؛ القوانين الفقهية ص186.

(3) التفريع 2/ 198 ـ 199؛ المنتقى 7/ 100 ـ 101؛ المقدمات 3/ 27.

(4) في نسخة: «خق»: (متى تعتبر).

(5) المنتقى 7/ 101.

(6) في نسخة: «خق»: (قبل قوله).

فإن قبضه ببينة فقولان: أحدهما: أنه لا يقبل دعواه في الرد إلا ببينة. الثاني: أنه يقبل بغير بينة (فلا يبرأ إلا ببينة)[1]، فإن اختلفا في مقدار رأس المال فالقول قول العامل، لأنه أمين، فإن اختلفا في الجزء الذي وقع القراض عليه فإما قبل الشغل فللعامل الخيار بين أن يعمل بما ادعاه [21/ظ] رب المال أو يترك، وإن كان بعد الشغل فالقول قول العامل بشرطين:

الأول: أن تكون دعوى مشبهة.

والثاني: أن يكون المال بيده، فإن أسلمه إلى رب المال فالعامل مدع، والقول قول رب المال وكذلك لو ادعى ما لا يشبه ولو ادعى العامل أنه قراض، وقال: ربه بل بضاعة بغير أجرة ففيه قولان: أحدهما: أنهما يخلفان جميعاً، ويعطي العامل أجرة مثله قاله **محمد**[2] وقيل: القول قول صاحب المال مع يمينه إلا أن تكذبه العادة، ولو قال العامل: هو بضاعة بأجرة، وقال صاحب المال قراض كان القول قول العامل، ولو قال العامل: هو قراض وقال ربه هو قرض، فالقول قول (رب المال)[3]، وإن اختلفا في الصحة والفساد فالمشهور أن القول قول مدعي الصحة والشاذ العكس إذا كان غالباً، ولو ادعى العامل زيادة (نفقة)[4] في السفر من ماله قبل المقاسمة فالقول قوله لأنه أمين، وكذلك القول قول العامل إذ ادعى عليه رب المال التعدي ليضمنه فإن قال صاحب المال: هو وديعة، وقال الآخر: قراض، والمال قام، فالقول قول رب المال فإن ضاع المال في هذه الصورة، فإما أن يكون ذلك قبل التحريك أو بعده، فإن كان قبل التحريك فلا ضمان على العامل لاتفاقهما على أنه أمانة ومصيبته حينئذٍ من ربه، وإن ضاع بعد التحريك فالقول قول رب المال لأنه لم يأذن له في التجارة، وهكذا نص عليه أهل المذهب، وفهي نظر (محال)[5] على (تشبيه)[6] الدعوى، وترجيح قول الغارم المدعَى عليه، ولو

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) النوادر 7/ 284.
(3) في نسخة: «خق»: (العامل).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) في نسخة: «خق»: (محيل).
(6) في نسخة: «خق»: (شبه).

قال: هو في يدي قراض، أو وديعة، وقال ربه سلف، فالقول قول ربه كما قدمناه، **وحيث جعلنا القول قول العامل** (أو رب المال) فلا بد من اليمين لنفي التهمة في هذه (المحل)[1] لاحتمال الكذب.

وإن قال رب المال: هو بضاعة بأجرة، وقال العامل: بل هو قراض، فإن اتفقت الأجرة (والجزء فلا فائدة للخلاف في هذه الصورة وإن اختلفا)[2] فالقول قول العامل إذا أشبه قوله، فإن نكل أو لم يشبه قوله فالقول قول رب المال في الأجرة التي سمى مع يمينه. قال أبو الوليد: وأصل قول مالك أن العامل أمين فالقول قوله في جميع دعاويه إذا ادعى ما يشبه[3].

فرع: إذا اشترى العامل بمال القراض من يعتق عليه، أو على رب المال فيه تفصيل لنا: إذا اشترى من يعتق على رب المال فلا يخلو أن يكون عالماً بذلك أو غير عالم؟ فإن كان غير عالم بذلك عتق على رب المال وولاؤه له، ويرجع عليه العامل بما يخصه من ربح إن كان، وإن كان عالماً فإنه يعتق على رب المال (فاشتراه)[4] قاصداً، فذلك لا يخلو أن يكون العامل موسراً أو معسراً، فإن كان العامل موسراً أعتق على رب المال وولاؤه له، وعلى العامل غرم ثمنه له، لأنه أتلف عليه ماله في المعنى، وإن كان العامل معسراً أعتق منه بقدر حصة العامل من الربح، وبيع منه بقدر رأس المال وحصة ربه من الربح، إذ لم يملكه في المعنى، قال **سحنون**: هذا أحسن ما جاء في ذلك من الاختلاف، فإن اشترى العامل من يعتق عليه فلا يخلو أن يكون في المال ربح أم لا؟ فإن لم يكن في المال ربح لم يعتق عليه مطلقاً إذ لم يملكه إلا بتقدير أن يملك حظاً من الربح، وذلك معدوم فإن كان في المال ربح، فإن وفى حظه من الربح بقيمة العبد (عتق عليه جميعه، وإن لم يف حظه من الربح بقيمة العبد)[5] إما أن يكون موسراً قادراً على التكميل أم لا؟فإن لم يكن له سوى

(1) في نسخة: «خق»: (الحال).
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) بداية المجتهد 2/ 396.
(4) في نسخة: «خق»: (فغن اشترى).
(5) ساقطة في نسخة: «خق».

حظه من الربح عتق عليه منه بحظه، وإن كان له ما يكمل به عليه عتق جميعه واختلف المذهب في حظ رب المال هل يلزمه قيمته أو الأكثر من ثمنه أو قيمته يوم الحكم فيه قولان عندنا، قال **ابن القاسم**: إن كان موسراً وقد علم، رأيت أن يعتق عليه ؤيدفع إلى رب المال رأس ماله.



باب المساقاة[1]

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «**باب المساقة وكراء الأرض والمزارعة وما يتعلق بذلك**».

شرح: المساقاة عند جمهور أهل العلم جائزة[2] خلافاً **لأبي حنيفة**[3]، ومعتمد الجمهور ما رواه **عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها وقال لهم: أقركم ما أقركم الله**[4] ورأى **أبو حنيفة** أنها خارجة عن الأصول من أوجه:

---

(1) المساقاة: مفاعلة من السقي ومعناها لغة: دفع النخل أو الكرم إلى عامل، واستعماله فيه، على أن يعمره ويسقيه، ويقوم بمصلحته من الإبار وغيره، وفي الاصطلاح: عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته، لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل. ينظر: مختار الصحاح ص128؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 508.

(2) قال بجواز المساقاة مالك والشافعي وأحمد، والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وهو مذهب أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، وبه قال سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله رحمهما الله جميعاً. ينظر: التفريع 2/ 201؛ الرسالة ص220؛ الكافي ص381؛ عيون المجالس 4/ 179؛ المعونة 2/ 1131؛ المقدمات 3/ 548؛ بداية المجتهد 2/ 397؛ القوانين الفقهية ص184؛ الأم 4/ 11؛ الإنصاف 5/ 466؛ الهداية 4/ 389؛ المغني 5/ 556؛ مصنف عبد الرزاق 8/ 98؛ السنن الكبرى للبيهقي 6/ 114.

(3) مختصر الطحاوي ص127؛ مختصر القدوري 2/ 233؛ الهداية 4/ 389. زاعماً أن فعل رسول الله ﷺ مع يهود خيبر منسوخ بنهيه ﷺ عن المخابرة، وقالوا مشتق من خيبر، ومعناه النهي عن العمل الذي فعل بخيبر وذلك ليس بصحيح، لأن عقود المعاوضات لا يشتق لها الأسماء من أماكنها بخلاف قولهم: أتهم وأنجد، لأنا قد عرفنا من لغة العرب اسم الفاعل من نزوله بالمكان وعقود المعاوضات بخلاف ذلك، ولأن العرب كانت تعرف المخابرة قبل الإسلام وهو عندهم اسم لكراء الأرض ببعض ما يخرج منها، ولأن الصحابة قد عملوا بالمساقاة بعده فبطل ما ادعوه بكل وجه. ينظر: المقدمات 3/ 549.

(4) حديث: (**أقركم ما أقركم**): صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب إذا اشترط في =

الأول: المزابنة لأن فيها قسمة التمر بالتمر متفاضلاً، وهي بيع الخرص.
والثاني: المخابرة: وهي كراء الأرض بما يخرج منها.
والثالث: بيع ما لم يخلق.
والرابع: إجارة مجهولة فلما خالفت الأصول جعل قضية أهل خيبر مخصوصة، ورأى أنهم عبيد ملكهم ﷺ وأرضهم بحكم الفتح فأقرهم على حكم العبيد، وأجرى لهم شطر التمر رزقاً لهم كما تجري السادات بدليل قوله: **(أقركم ما أقركم الله)** فلو كان عقداً صحيحاً لقيده بالأجل وفيه نظر لأنه ﷺ **كان يبعث عبد الله بن رواحة الأنصاري**[1] **يخرص عليهم فيقول لهم إن شئتم فلكم، وإن شئتم فلي فكانوا يأخذونه)**[2]، وهذا يعطي حكم الشركة مع أن الأئمة **أبا بكر وعثمان** فعلا[3] ذلك، ولا مخالف لهما من السلف، وقياساً على القراض لاشتراكهما في دعوى الضرورة إليهما وهو مظنة الترخيص، ويتعين الكلام في محلها، وبه بدأ القاضي ولا خلاف عندنا أنها جائز في الأصول كلها، وفي الشجر اعتماداً على فعله ﷺ لأنه ساق أهل خيبر على ما فيها من زرع وشجر، فلذلك أجازها **مالك** في المباقل والمقاثي والزرع إذا عجز عن ذلك صاحبه[4].

وهل تجوز في الثمرة بعد الطيب في ذلك قولان منعه **ابن القاسم** [22/و]

= المزارعة إذا شئت أخرجتك، حديث (2580) 2/ 273؛ صحيح مسلم، كتاب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، حديث (1551) 3/ 1187؛ سنن أبي داود، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب ما جاء في حكم أرض خيبر، حديث (3008) 3/ 158؛ موطأ مالك، كتاب المساقاة، باب ما جاء في المساقاة، حديث (1387) 2/ 703.

(1) عبد الله بن رواحة بن ثعلبة بن امرئ القيس الخزرجي الأنصاري، أحد السابقين، شهد بدراً واستشهد بمؤتة، وكان ثالث الأمراء بها توفي سنة (8هـ ـ 629م). ينظر: تقريب التهذيب ص303.

(2) حديث: **(كان يبعث عبد الله بن رواحة يخرص عليهم...)**: موطأ مالك، كتاب المساقاة، باب ما جاء في المساقاة، حديث (1387) 2/ 703؛ سنن البيهقي الكبرى، باب خرص التمر، حديث (7228) 4/ 8122

(3) سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الرخصة في المزارعة، حديث (3463) 2/ 823.

(4) المدونة 12/ 21؛ المقدمات 3/ 553.

إذ لا ضرورة حينئذٍ، وأجازه **سحنون**[1]، وفي البقول (إذا نبتت)[2] قبل أن تستقل: قولان عندنا: الجواز نظراً إلى سبب الرخصة التي هي دعوى الحاجة والمنع قصراً للرخصة على محلها[3]. قال علماء المالكية: يشترط في الأصل التي تقع المساقاة عليها ثلاثة شروط[4]:

الأول: أن تكون مما لا تختلف ثمرتها احترازاً مما له بطون كالورد والقضب والقرط.

والثاني: أن تكون مما يمنع بيعها احترازاً مما حل بيعه، فلا تجوز المساقاة فيه، إذ لا ضرورة إلى المساقاة، وأجاز ذلك **سحنون** كما ذكرناه، ورأى ذلك إجارة بنصفه.

والشرط الثالث: وهو مخصوص بالزرع (بشرطين:

الأول: أن يعجز ربها عنها)[5].

والثاني: أن تكون ظاهرة قد عجز ربها عنها أما ظهورها فمشترط بلا خلاف، وفي اشتراط العجز عنها خلاف عندنا، المشهور ما ذكرناه من اشتراطه، لأن (بوجوده)[6] تتحقق الضرورة المقتضية (للرخصة)[7][8].

قوله: **«وهي عقد لازم»**[9] قلت: بخلاف القراض وهل تنعقد بغير لفظها أم لا؟ قولان عندنا المشهور أنها لا تنعقد إلا بلفظ المساقة، وقال **محمد بن**

---

(1) المعونة 2/ 1137؛ المنتقى 7/ 24؛ القوانين الفقهية ص184.

(2) في نسخة: «خق»: (تنبت).

(3) المنتقى 7/ 26؛ المقدمات 3/ 554؛ بداية المجتهد 2/ 399؛ القوانين الفقهية ص184.

(4) المقدمات 3/ 553 ـ 554؛ القوانين الفقهية ص184.

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) في نسخة: «ش»: (وجود العجز).

(7) في نسخة: «ش»: (للضرورة).

(8) المقدمات 3/ 553.

(9) وهو الظاهر من المذهب قياساً على الإجارة، لأنها أشبه بها، والفرق بينهما أن صاحب المال والعامل يشتركان في الربح والخسارة بخلاف المؤاجرة.

الموّاز وسحنون تنعقد بكل لفظ من ألفاظ الإجارة[1]، ثم ذكر القاضي العمل الذي يوجبه عقد المساقاة على العامل وهو معلوم بالعادة، وهو عمل يده ونفقته على نفسه، وعلى دواب الحائط ورقيقه، كانوا له أو لرب الحائط، وعليه السقي والإبار والزبر، والتذكير وسرو الشرب، وهو تنقية الحياض، وشد الحظار[2]، وهو تحصين الحائط، (وخم)[3] العين وهو كنسها ونحو ذلك مما يوثر في الثمرة، وينقضي بانقضائها، وأما ما لا يتعلق بالثمرة، ويبقى بعد زوالها كحفر الآبار، وإنشاء الغراسة، وبناء بيت الاحتراز ونحوه فلا يقتضيه العقد، وهو يجوز اشتراطه أم لا؟ نص **القاضي أبو محمد** وغيره من المالكية أن اشتراط ذلك لا يجوز[4]، وحكى **القاضي أبو الوليد بن رشد** أنه يدخل في المساقاة بالشرط لا بالعقد[5]، ومن هذا القسم إنشاء ظفيرة للماء، والظفيرة ما حول النخل، وقيل: هي موضع الماء كالصهريج، وقيل: هو الشجرة يغرسها[6]، والصحيح من المذهب أن هذه الأشياء التي تبقى بعد (انقضاء المساقاة)[7] لا يقتضيها العقد، ولا يدخل فيه، ولا يجوز اشتراطها لأن ذلك زيادة، وينفرد بها رب المال، تخرج المساقاة عن بابها إلى باب الإجارة المجهولة، وبيع الثمار قبل بدو صلاحها، ولأن النبي ﷺ ساقَى أهل خيبر ولم

---

(1) التفريع 2/ 202؛ الكافي ص382؛ النوادر 7/ 309؛ المقدمات 3/ 552؛ بداية المجتهد 2/ 404.

(2) الحظار: بفتح الحاء هو حائط الحظيرة أو البستان، يقال حظر فلان على نعمه حظيرة. ينظر: الغريب للخطابي 1/ 479؛ لسان العرب 4/ 204.

(3) في نسخة: «ش»: (حفر) وفي نسخة: «خق»: (حم) ومت أثبته هو الصواب. ينظر: غريب ابن قتيبة 3/ 734؛ لسان العرب 12/ 190؛ بداية المجتهد 2/ 401.

(4) المعونة 2/ 1133.

(5) بداية المجتهد 2/ 401 ونص عبارة ابن رشد: ... وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه في المساقاة بالشرط، ويمكن أن يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد.

(6) قال القاضي في المعونة 2/ 1133: ومن ذلك اشتراطه ظفيرة يبنيها، فاختلفت عبارات أصحابنا في ذلك فمنهم من قال: هي الشجرة يغرسها، وجعل موضع دنيتها بينهما ويشبه أن يكون تصحيفاً، وكل ذلك يصح حمل الكلام عليه، وإن كنا نعلم أن المراد واحد منهما.

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

يشترط عليهم من ذلك شيئاً، ولم (يلزمهم)[1] ﷺ لهم مؤونة، وما كسر من آلات الحائط، أو مات من الحيوان، أو غار من العيون أو انهار من الآبار، فعلى رب الحائط إصلاحه ليتمكن العامل من العمل، وإذا وجبت على العامل الآلات والدواب والدلاء وغير ذلك فاشترطها على رب الحائط، فهل يجوز ذلك أم لا؟ أما ما كان من ذلك من الحائط فيجوز للعامل اشتراطه، وأما ما لم يكن في الحائط فهل يجوز أن يشترطها العامل على رب الحائط أم لا؟ قولان عندنا المشهور أنه لا يجوز، وأجازه **ابن نافع**[2] وهو قول **الشافعي**[3].

واختلف المذهب فيما رث من دلو أو حبل أو سانية بحيث لا ينتفع به هل يكون خلفه على رب الحائط، أو على العامل قولان عندنا (وكذلك اختلف المذهب هل يجوز لرب الحائط أن يشترط إخراج ما في الحائط من دولب أو رقيق أم لا؟ فيه قولان عندنا)[4] المشهور جواز ذلك، والشاذ منعه[5].

قوله: «وانتهاؤها إلى الجذاذ»: لأن بالجذاذ حصلت المنفعة، ولم يبق محل للعمل إلا أن تنعقد على أعوام، فتلزم إلى انقضائها.

قوله: «والمساقاة على جميع أنواع الشجر جائزة»: يريد النوعين من شجر السقي والبعل[6] ونبه على خلاف الليث[7] وغيره[8] فإنه منع المساقاة في البعل، إذ السقي بالماء هو العمل الأغلب المقصود في (الغلات)[9]، وقال

---

(1) في نسخة: «ش»: (يلتزم).
(2) التفريع 2/ 203؛ المنتقى 7/ 44؛ بداية المجتهد 2/ 402.
(3) الإقناع للشربيني 2/ 346؛ كفاية الأخيار 1/ 306.
(4) ساقطة في نسخة: «ش».
(5) المنتقى 7/ 45.
(6) وهو المشهرو في المذهب، قال القاضي عبد الوهاب: لأن المعنى الذي له جازت في النخل والكرم أن المالك قد يعجز عن تعهده، والقيام عليه بالسقي والتنقية، فجازت المساقاة عليه لهذه الضرورة، وهذا موجود في سائر الأصول، وقد عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر على ما فيها من زرع ونخل فعم. ينظر: الإشراف 2/ 62.
(7) المدونة 12/ 17 ـ 18.
(8) كداود والشافعي كما سيأتي.
(9) في نسخة: «ش»: (العادة).

داود: لا تكون إلا في النخل[1]، وقال **الشافعي**: لا تكون إلا في النخل والكرم[2]، والجمهور على جوازها في الشجر المسقي والبعل لدعوى الحاجة إليها في جميع ذلك.

فرع: يجوز أن يساقيه سنين ما لم تكثر، قيل لمالك: عشرة أعوام فأنكر التحديد.

قوله: «وإذا أخرج الحائط خمس أوسق بين رب المال والعامل ففيه الزكاة»: وهو معتبر بالقراض، لأنه مال واحد بخلاف الخلطة، لأن العامل لا يستحق شيئاً إلا ببدو الصلاح، (وببدوه تجب)[3] الزكاة فيتناولها الوجوب، وهي على ملك صاحب الأصل.

قوله: «وليس لأحدهما زيادة شرط على الآخر» يعني: مثل أن يشترط أحدهما على الآخر زيادة دراهم، أو شيئاً خارجاً عن المساقاة لا يتعلق بصلاح الثمرة، وأجاز اشتراط الزكاة على أحدهما بخلاف القراض، قال القاضي **أبو محمد** في **المعونة**، لأن ذلك جزء معلوم، وهذه العلة جارية في القراض، والمعنى فيهما واحد[4]، ثم ذكر حكم البياض[5] يكون في الحائط.

وتحصيل القول فيه أنه يستحب لرب الحائط أن يلغيه للعامل، لأن رسول الله ﷺ لما ساقى أهل خيبر ألغى لهم البياض الذي كان لهم فيها، ولم ينقل أنه منع اليهود منه، ولا استثناه لنفسه، ولا طلب أجرة منهم عليه، فإن لم يلغه رب الحائط للعامل، واستثناه لنفسه، فإن كان على أن يعمله بنفسه أو بماله ولا يتولى المساقى من عمله شيء، ولا يناله سقي الحائط للعامل فهذا

---

(1) رحمه الله ص183؛ المغني 5/ 556؛ البداية 2/ 399.

(2) الأم 4/ 11؛ مختصر المزني ص123؛ الإقناع ص110، قال هذا في الجديد، وقال في القديم مثل قول مالك والحنابلة. ينظر: مغني المحتاج 2/ 323؛ الإنصاف 5/ 466.

(3) في نسخة: «خق»: (وجبت).

(4) المعونة 2/ 1138؛ المنتقى 7/ 20.

(5) البياض: هي الأرض التي خلت من الزرع والشجر فهل تدخل في عقد المساقاة أولاً. ينظر: الفواكه الدواني 2/ 138.

لا خلاف في جوازه بناء على أصل الملك، فإن سكتا عنه فهو لرب الحائط بحكم الملك، وروي عن **مالك** أنه يلغى للعامل[1]، فإن اشترطه رب [22/ظ] (الحائط)[2] لنفسه على أن على العامل سقيه وعلاجه، لم يجز سواء كان بذره من عنده أو من عند رب الحائط، لأنه اشتراط زيادة على المساقاة، (وذلك إخراج لها عن مورها، وإن اشترط دخوله في المساقاة)[3]، فإن كان أكثر من الثلث لم يجز أن يدخل في المساقاة، لأنه من باب اجتماع الشركة والمساقاة، وإن كان أقل من الثلث فاشترطه العامل جاز بشرط أن تكون قيمته الثلث فأقل من نصيب العامل[4] عن **ابن حبيب**، أو من الجميع على القول الثاني الواقع في كتاب **محمد**، فإن كان قيمته أكثر من ثلث نصيب العامل، أو من ثلث الجميع لم يجز اشتراطه، لأنه حينئذٍ يصير معتبراً لا ملغى، فإن اشترط دخوله في المساقاة في محل الجواز جاز، وكان حكمه حكم التجزئة في المساقاة، فإن شرط رب الحائط على المساقي أن يزرعه من عنده، ويعمله بيده، وما حصل بينهما جاز، وإذا أجزنا إدخاله في المساقاة إذا كان يسيراً، (فاشترطه)[5] صاحب الأرض، وهو أكثر من النصف، فهل يجوز أم لا؟ كرهه أصبغ[6] ونص على كراهته **القاضي أبو محمد**[7]، وأجازه غيره، وإنما اعتبرنا الثلث، لأنه حينئذٍ يصير تبعاً كمسألة الدار فيها شجرة يستثني المكتري ثمرتها قبل طيبها، فيجوز إذا كان قيمة ثمرتها الثلث فدون، (لأن ذلك ينزلها منزلة)[8] التبعية، فإن زادت قيمتها على الثلث، لم يجز، وكان من باب شراء الثمرة قبل (بدو صلاحها)[9][10]، وبقيت مسائل تتعلق بالمساقاة:

---

(1) في نسخة: «خق»: (المال).
(2) المدونة 12/ 20، وفيها: قال مالك: وأحب إلي أن يلغى البياض فيكون للعامل.
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) التفريع 2/ 202؛ البداية 2/ 400؛ القوانين الفقهية ص158.
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) ينظر: أحكام البياض في النوادر 7/ 300 ـ 303.
(7) المعونة 2/ 1135.
(8) في نسخة: «خق»: (لأنه بمنزلة).
(9) في نسخة: «خق»: (طيبها).
(10) المعونة 2/ 1135.

المسألة الأولى: المساقاة على حوائط كثيرة مختلطة الثمار جائز على الأجزاء (المتفقة)[1] والمختلفة إذا تعددت العقود، فإن كان ذلك في عقد واحد جاز على الأجزاء (المفقة)[2]، ولم يجز على المختلفة لما فيها من المقامرة، ودليلنا أن النبي ﷺ ساقى أهل خيبر على اختلاف حوائطهم مساقاً واحداً، ولم ينقل عنه خلاف ذلك، فأقر ذلك سنته.

المسألة الثانية: إذا وقعت عقدة المساقاة فاسدة وجب فسخها قبل الشروع في العمل، فإن فاتت بانتهاء العمل، أو بالشروع في العمل فهل الواجب فيها أجرة المثل، أو مساقاة المثل مطلقاً، أو الأقل من المساقاة المثل أو أجرة المثل هذه الثلاثة الأقوال[3] في المذهب، وهي مبنية على ما قدمناه في القراض وفي المذهب قول رابع أن منها ما يرد إلى مساقاة المثل، وذلك في المساقاة في حائط قد أطعم، وفيما إذا اشترط العامل على رب المال أن يعمل معه، في المساقة والبيع، وفيما إذا ساقاه في حائط سنة على جزء، وآخر على جزء غيره. (وفيما عداهما يردان إلى آجرة المثل)[4].

المسألة الثالثة: إذا اختلفا في الجزء الذي وقعت عليه المساقاة، فالقول قول العامل إذا أتى بما يشبه، لأنه مؤتمن كالقراض.

المسألة الرابعة: إن القسمة بني المساقي ورب الحائط إن كانت كيلاً فهي جائزة وهل تجوز القسمة بينهما بالخرص أم لا؟ ثلاثة أقوال في المذهب[5]. الجواز مطلقاً اعتماداً على فعل **عبد الله بن رواحة**. والثاني المنع (حذراً)[6] من المزابنة، والثالث أنه ممنوع في الربوي من الثمار جائز في غري الربوي.

---

(1) في نسخة: «ش»: (المتلفة) والصواب ما أثبته من نسخة: «خق».
(2) في نسخة: «ش»: (المتلفة).
(3) المقدمات 3/ 557 ـ 558؛ بداية المجتهد 2/ 406؛ القوانين الفقهية ص185.
(4) ساقطة في نسخة: «ش».
(5) بداية المجتهد 2/ 403.
(6) في نسخة: «خق»: (مطلقاً احترازاً).

فصل

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«وكراء الأرض جائز للزرع بما عدا الطعام»** إلى آخره.

شرح: كراء الأرض جائز بالدنانير والدراهم وسائر العروض والحيوان (وسائر الأثمان)[1] ما عدا الطعام. والدليل على ذلك ما رواه **رافع بن خديج أن النبي ﷺ نهى عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها فأما بالذهب والفضة فلا بأس به**)[2] وهو معنى نهيه ﷺ عن المحاقلة (أي) كرائها بالطعام، والمخابرة كراؤها ببعض ما يخرج منها، وأما الدور والحوانيت وغير ذلك فيجوز كراؤها بالطعام وغيره إجماعاً، وإذا أجزنا كراءها فهل يجوز النقد (في كراء الأرض أم لا؟ أما المامون منها فيجوز النقد)[3] فيها. ولا يجوز في غير المأمون خوفاً من أن يكون تارة بيعاً، وتارة سلفاً، وهو نص القاضي وغيره من أئمتنا.

فرع: يجوز كراء الداء سنين كثيرة كالعشرة الأعوام ونحو ذلك مما يؤمن فيه التغيير غالباً، وكذلك يجوز كراء أرض المطر، وأرض السقي بالعيون والآبار والأنهار السنين كالعشرة الأعوام ونحو ذلك، وقال **ابن الماجشون**: لا يجوز كراء أرض المطر إلا لعام واحد، ويجوز كراء أرض السقي بالعيون الثلاثة الأعوام والأربعة[4]، ويجوز كراء أرض الأنهار والآبار عشرة أعوام ونحوها، وكل هذا مبني على استحسان ومصالح، ثم تكلم على حكم الشركة

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».

(2) حديث: (**نهى ﷺ عن كراء الأرض...**): صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمرة، حديث (2218) 2/ 825؛ صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، حديث (1747) 3/ 1180؛ سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في المزارعة، حديث (3313) 3/ 258؛ سنن النسائي، كتاب الأيمان والنذور، باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع، حديث (3899) ، / 41.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) المنتقى 7/ 59؛ المقدمات 2/ 230 ـ 231.

في الحرث وهي جائزة إجماعاً، واختلف المذهب هل هي من العقود الجائزة أو اللازمة، وبالأول قال الجمهور قياساً على القراض، وهي رواية **ابن كنانة** عن **مالك**، قال **ابن رشد**: وبه جرى العمل بقرطبة وبالثاني قال **ابن الماجشون وسحنون** قياساً على الإجارة اللازمة بنفس العقد[1]، ولملاحظة هذا الأصل، اختلف المذهب أيضاً هل يلزم فيها التكافؤ والاعتدال وهو المشهور[2] أو لا يلزم فيها إلا السلامة من كراء الأرض بالطعام فقط، وأم الاعتدال فيها على هذه الرواية فليس بشرط، وهي رواية **عيسى** عن ابن **القاسم** تغليباً لحكم الإجارة، وإذا فرعنا على المشهور من اعتبار الشرطين التكافؤ والسلام من كراء الأرض بالطعام فهل يجوز اشتراط الحصاد والدرس والتذرية على العامل أم لا؟ قولان عندنا منعه **سحنون**[3]، وأجازه غيره من الأندلسيين، (وبهذا)[4] جرى العمل عندهم، حكاه **ابن القاسم** في وثائقه.

فرع: إذا دفع رب الأرض حظه من الزريعة على أن يخرج العامل مثله فزرع نصيب صاحب الأرض، ولم يزرع نصيبه من غير عذر، فالزرع كله لرب الأرض، وعلى العامل خدمته وله الأجرة، فإن لم يزرع حظه ولاحظ صاحب الأرض حتى فات الإبان [23/و] لزم العامل لرب الأرض (كراء)[5] نصفها مع نصيب قيمة عمله ومؤنة حصاده ودرسه، قاله **ابن لبابة**.

فرع: هل يجوز لرب الأرض أن يشترط على الشريك أن يطرح الزبل في الأرض أجازه أهل المذهب بشرطين:

أحدهما: أن تكون الأرض مأمونة.

والثاني: أن تبقى الأرض بين مدة ينقضي فيها الانتفاع بذلك الزبل.

فرع: إذا ادعى العامل أن رب الأرض لم يدفع له الزريعة، فالقول قول

---

(1) المقدمات لابن رشد 3/ 42.

(2) المصدر نفسه.

(3) المنتقى 7/ 18.

(4) في نسخة: «خق»: (وبه).

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(رب المال)[1] لأنه مدعى عليه.

فرع: اختلف المذهب في الشركة الفاسدة إذا فاتت لمن تكون الإصابة فقيل لصاحب البذر، وعليه كراء المثل، وقيل: لصاحب الأرض، وقيل: لمن اجتمع له (شيئان)[2] فأكثر[3]، وذكر سحنون عن النبي ﷺ: **(أنه قال الزرع لصاحب الزريعة)**[4] وهو قول **مالك** في رواية **ابن غانم**.

---

(1) في نسخة: «ش»: (العامل).
(2) في نسخة: «ش»: (سبيان).
(3) مواهب الجليل 5/ 180.
(4) المدونة 12/ 54؛ الجواهر الثمينة 2/ 830؛ مواهب الجليل 5/ 181.

باب الشركة[1]

قال القاضي رحمه الله: «**باب الشركة**».

شرح: أجمع العلماء على أنها جائزة إذا وقعت على شرائط الصحة، والأصل فيها من الكتاب قوله سبحانه مخبراً عن أهل الكهف: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ﴾ [الكهف: 19] فإن لم يكن المبعوث شريكاً، فالباعثون شركاء، ومن السنة قوله ﷺ: (**من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه**)[2] الحديث. وهي قسمان: شركة أبدان[3]، وشركة أموال. فشركة الأموال على قسمين: عنان[4] ومفاوضة[5]، فهي إذن أربعة أنواع، وأنكر

(1) الشركة: بفتح الشين مع كسر الراء، أو كسر الشين مع سكون الراء بمعنى واحد وهو مخالطة الشريكين، وفي اصطلاح الفقهاء هي: تقرر متمول بين مالكين فأكثر مالكاً فقط هذا بالمعنى الأعم، أما بالمعنى الأخص فهي: بيع مالك كل بعضه ببعض كل الآخر موجب صحة تصرفهما في الجميع. ينظر: المصباح المنير 1/ 311؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 431.

(2) حديث: (**من أعتق شركاً له في عبد...**): صحيح مسلم، كتاب العتق، باب من أعتق شركاً له في عبد، حديث (1501) 3/ 1286؛ سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما نصيبه، حديث (1346) 3/ 629؛ سنن أبي داود، كتاب العتق، باب من ذكر السعاية في هذا الحديث، حديث (3938) 4/ 24؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب في الشركة في الرقيق، حديث (4699) 7/ 319.

(3) شركة الأبدان: هي أن يشترك صانعان فأكثر على أن يعملا معاً ويقتسمان أجرة عملهما بنسبة العمل بشرط أن تكون الصنعة متحدة. ينظر: حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 436؛ أسهل المدارك 2/ 358؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 3/ 361.

(4) شركة عنان: بكسر العين هو ما يقاد به الدابة، وسمي بذلك، لأنه يشبه أن يكون كل واحد من الشريكين أخذ بعنان صاحبه لا يطلقه بتصرف حيث شاء، وقد اختلف في تفسيرها فقيل الشريك المخصوص، وقيل الشركة في شيء معين، وقيل هذا على أنه لا يبيع أحدهما إلا بإذن الآخر. ينظر: مختار الصحاح ص192؛ لسان العرب 6/ 363؛ شرح حدود ابن عرفة 2/ 435؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 3/ 359.

(5) شركة المفاوضة: هي أن يفوض كل واحد منهما إلى الآخر التصرف في البيع والشراء =

بعض المالكية شركة العنان، وروى عن مالك أنه سئل عن شركة العنان فقال: لا أعرفها[1]، ولعله أنكر التسمية، وإلا فهي لفظة معلومة في اللغة وشركة (معروفة)[2] عند العلماء. وقال **الجوهري** في الصحاح: «شركة العنان بفتح العين: أن يشتركا في شيء خاص دون سائر أموالهما كأنه عن لهما شيء فاشترياه مشتركين فيه[3] وقيل هو مشتق من قولهم عناني الشيء إذا أخطر ببالك وأظهرته، حكاه **القاضي أبو محمد**[4]، وقيل معناه تساوي الشريكين في التصرف كتساوي الفارسين في السير، فهي على هذا مشتقة من عنان اللجام بكسر العين فيه. وأنشد القاضي لبعض العرب:

وشاركنا قريشاً في علاه　　وفي أحسابها شرك لعنان[5]

وهي من العقود الجائزة، ولكل واحد منهما أن يفاصل شريكه (متى شاء)[6] وهي عقد غير لازم مروث لانتقال الأملاك بالموت. ونتبع كلام القاضي:

قوله: «وضرب آخر غير جائز وهو شركة الوجوه»[7]: وفسر هذه

= حضر الآخر أو غاب وتكون يده كيده، ولا يكونان شريكين إلا بقدر ما يعقدان الشركة عليه وسميت مفاوضة لاستوائهما في الربح والضمان وشروعها في الأخذ والإعطاء من قولهم تفاوض الرجلان في الحديث إذا شرعا فيه. ينظر: المعونة 2/ 1143؛ المقدمات 3/ 36. سميت مضاربة من الضرب في الأرض، وذلك أن الرجل في الجاهلية كان يدفع المال إلى الرجل على أن يخرج به إلى الشام وغيره فيبتاعه به المتاع على هذا الشرط. ينظر: المقدمات 3/ 36.

(1) المدونة 12/ 68؛ المعونة 2/ 1144؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 435.
(2) في نسخة: «خق»: (معهودة).
(3) الصحاح 6/ 2166.
(4) المعونة 2/ 1144 ـ 1145.
(5) البيت الشعري قاله النابغة الجعدي. ينظر: الصحاح 6/ 2166.
(6) ساقطة في نسخة: «ش».
(7) شركة الوجوه: هي أن يشترك على الذمم دون مال ولا صنعة عى أن ما اشترياه يكون في ذمتهما وربحه بينهما، وقيل: هي أن يبيع الوجيه مال الحامل بزيادة ربح ليكون له بعضه. ينظر: المقدمات 3/ 39؛ بداية المجتهد 2/ 412؛ شرح حدود ابن عرفة 2/ 436.

لشركة، وإنما امتنعت لأنها من أكل المال بالباطل، لأنها شركة بغير مال ولا صناعة، وإنما هي من باب أن كل واحد استعار وجه صاحبه (وجاهه)[1] بشرط ضمان النقصان رجاء الربح.

وذلك غرر محض وأجاز أبو حنيفة هذه الشركة[2]، وخالف في ذلك الجمهور.

قوله: «ويشترط الربح بقدره ثم يخلطاه مشاهدة أو حكماً»: وهذا تنبيه على مذهب المخالف[3] في الفرعين:

الأول: اشترط **مالك** رَحِمَهُ اللهُ أن يكون العمل والربح على قدر رؤوس الأموال[4]، وأجاز **أبو حنيفة** اختلافهما بأن يكون رأس مال أحدهما أكثر من الآخر، والربح دونه[5]، وبالعكس تشبيهاً (بالقراض)[6]، والعمدة لنا أن الربح ثمرة المال والعمل، ولما كان ثمرتهما وجب أن يكون تابعاً لهما كالخسران بدليل لو شرط أحدهما على الآخر جزءاً ينفرد به من الخسارة المقدرة في المال كان ممتنعاً، فكان حكم الربح كذلك، لأنهما فرعان عن مال الشركة، فوجب التساوي فيهما على قدر الملك كأجرة العبيد، وخراج العقار، وأثمان سائر المشتركات ونحوه هذا أصل المذهب، وروى (عن **مالك**)[7] أنه إذا رضي صاحب الأكثر أن يكون له نصف الربح جاز إذا لم يكن حطيطة حطت من الربح لزيادة منفعة من شريكه مثل أن يكون ينتفع ببصره ونفوذ معرفته، لأن ذلك معروف محض إذا عرى عن المقابلة.

وإذا بنينا على وجوب التساوي في رأس المال والعمل والربح، (فانعقدت الشركة على خلاف ذلك فسخت ما لم تفت، فإن فاتت بالعمل

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) الهداية 3/ 252؛ البحر الرائق 5/ 197.
(3) مختصر الطحاوي ص107.
(4) المدونة 12/ 59 ـ 60؛ المعونة 2/ 1146؛ القوانين الفقهية ص187.
(5) مختصر الطحاوي ص106 ـ 107؛ مختصر القدوري 2/ 125 ـ 126.
(6) في نسخة: «خق»: (بالعروض).
(7) ساقطة في نسخة: «ش».

فالربح)[1] والخسارة بينهما على قدر العمل ويرجع من قل (رأس)[2] ماله على صاحبه بأجرة المثل في نصف الزيادة في العمل، إذ لولا هذا لكان تتميماً للعقد الفاسد، ولا سبيل إليه.

الفرع الثاني: اشتراط الخلطة، وقد اختلف الفقهاء فيه فمنهم من أوجبه[3]، ومنهم من أسقطه منهم **أبو حنيفة**[4] القائل بأن الشركة (تصح)[5]، وإن كان مال كل واحد على حدة، وفي مذهب **مالك** في اشتراطه قولان، فاشترطه سحنون، وغيره، وعليه جرى العمل، ولم يشترطه ابن القاسم، وأجاز الشركة، وإن بقي مال كل واحد منهما بيده، أو جعلاه على يد أحدهما أو على يد أمين[6].

وإذا بنينا على اشتراط الخلط فهو جائز حساً أو حكماً بأن يتسلطا يديهما عليه معاً، (وتغالى في ذلك)[7] **الشافعي**، باشتراط الخلط حساً، لأن يقع التناصح في العمل والتناصف في طلب الفضل[8].

قوله: «والمفاوضة أن يفوض كل واحد منهما إلى الآخر التصرف»: وأجازها جمهور العلماء[9] وعجباً من **الشافعي** رحمه الله حيث منعها[10]، حكاه عنه **القاضي أبو محمد عبد الوهاب**[11] وغيره[12] من ائتمنا وهي في المعنى

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) كالإمام الشافعي. ينظر: روضة الطالبين 4/ 276؛ تكملة المجموع 14/ 68.

(4) مختصر الطحاوي ص107؛ مختصر القدوري 2/ 125 ـ 126.

(5) في نسخة: «خق»: (جائزة).

(6) المقدمات 3/ 42.

(7) في نسخة: «خق»: (وقال).

(8) روضة الطالبين 4/ 277.

(9) مختصر الطحاوي ص107؛ المدونة 12/ 68؛ المعونة 2/ 1146؛ المقدمات 3/ 36؛ البداية 2/ 411؛ القوانين الفقهية ص187.

(10) مختصر المزني ص109؛ الإقناع ص108.

(11) المعونة 2/ 1146.

(12) القوانين الفقهية ص187.

كالوكالة، يوكل كل واحد منهما صاحبه على التصرف في ماله على الإطلاق وهذا معنى المفاوضة.

قوله: «ولا يكون شركة إلا بما يعقد أن الشركة (عليه)[1]»: يعني أن تفاضل رؤوس الأموال في هذه الشركة كما يجوز أن ينفرد أحدهما بمال لا يدخله في هذه الشركة، ومنع **أبو حنيفة** التفاضل في رؤوس الأموال في هذه الشركة والانفراد، ورأى أن بعضها يقتضي التساوي[2]، وعمدتنا أنها شركة العنان، ويلزم أحد المتفاوضين ما عقده شريكه (أو حله)[3] من بيع أو ابتياع أو وضيعة أو رضاء بعيب، أو إقالة، أو تولية أو شركة أو تأخير، ولا يجوز لأحدهما أن يضيع ويقارض [23/ظ][4] ومنعه **سحنون**، وانظر هل يجوز أن يكاتب عبداً (أو عبيداً للتجارة)[5] أم لا؟ والصحيح جوازه إذا اقتضاه النظر، وتبينت فيه المصلحة (وله أن يودع إذا ادعت إلى ذلك ضرورة، ولا يجوز أن يهب ولا أن يتلف شيئاً من مال الشركة، وإنما له التصرف فيه بالمصلحة)[6] والنماء، أو مظنته، ولا ضمان على واحد منهما فيما تلف على يده من مال المفاوضة إلا بالتفريط، أو التعدي مثل أن يعامل بغير شهادة أو يبعثه في البحر في زمان العطب غالباً، أو نجحوه مما تتبين فيه المفسدة، وتتعين فيه الخسارة، ولمن ابتاع من أحدهما الرجوع على صاحبه بالعيب وعلى الجملة، يتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه، وليس لأحدهما أن يحابى، فإن حابى ففي ماله، وكذلك لا يجوز له إقراره بمال من مال المفاوضة لمن يتهم عليه من أب أو ابن أو زوجة أو صديق ملاطف، ولكل واحد منهما أن ينفق على نفسه وعلى عياله من مال الشركة، وسواء كان عيالهما سواء، أو كان عيال أحدهما (كثيراً)[7] إلا أن يتفاحش الأمر، ويكثر عيال أحدهما بحيث يتلف

---

(1) ساقطة في نسخة: «ق».
(2) مختصر الطحاوي ص107؛ مختصر القدوري 2/ 122.
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) بداية المجتهد 2/ 413.
(5) في نسخة: «خق»: (من عبيد التجارة).
(6) ساقطة في نسخة: «ش».
(7) في نسخة: «خق»: (أكثر).

معظم المال، وكذلك حكم الكسوة، ولا تراجع بينهما في ذلك، لأنه مقتضى المفاوضة، ويجوز اشتراكهما في بلدين على أن يجهز أحدهما لصاحبه لرجاء المصلحة في ذلك.

قوله: «**وأما شركة الأبدان فجائزة**»: إلى آخر الفصل (والتحصيل)[1] فيه أن شركة الأبدان جائزة عند **مالك وأبي حنيفة**[2] ومنعها **الشافعي**[3]، والمعتمد لنا من وجوه:

الأول: اشتراك الغانمين في الغنيمة وهم إنما يستحقونها بالعمل، وفي الأثر أن **عبد الله بن مسعود** شارك سعداً يوم بدر فأصاب سعد فرسين، ولم يصب ابن مسعود شيئاً فلم ينكر النبي ﷺ عليهما ذلك، ولأن العمل تجوز المفاوضة عليه، وكذلك الشركة (سيما أن)[4] المقصود من شركة المال هو العمل، ورأى **الشافعي** أن القراض خارج عن الأصول، فلا يقاس عليه، مع أن الأعمال لا تنضبط فكانت من باب الغرر المنهى عنه شرعاً[5].

وشرط القاضي في هذه الشركة شرطين: اتفاق العمل والمكان وفي هذين الشرطين خلاف بين العلماء، فلم يشترط **أبو حنيفة** اتفاق الصنعة[6]، واشترطه **مالك** خوفاً من القمار والغرر الذي يكون اختلاف الصنعتين، وكذلك اشترط أن يكون في موضع واحد[7] لما في ذلك من انتفاء الغرر وهو قول **ابن القاسم**، وأجازه **أشهب** إذا كانا في حانوتين لحصول المقصود من اتفاق

---

(1) في نسخة: «ش»: (والمتحصل).

(2) المعونة 2/ 1144؛ عيون المجالس 4/ 180؛ المقدمات 3/ 37؛ بداية المجتهد 2/ 410؛ القوانين الفقهية ص187؛ التاج والإكليل 5/ 136؛ مختصر الطحاوي ص107؛ وجوزها أيضاً الإمام أحمد وإسحاق رحمهما الله. ينظر: المغني 5/ 111؛ الإنصاف 5/ 460.

(3) روضة الطالبين 4/ 279؛ تكملة المجموع 14/ 72.

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) مختصر المزني ص107؛ الإقناع ص108.

(6) مختصر الطحاوي ص107؛ مختصر القدوري 2/ 127 ـ 128.

(7) المعونة 2/ 1144؛ القوانين الفقهية ص187.

الصنعة[1]، ويجوز أن يلغي أحدهما لصاحبه ما كان تافهاً، وإن مرض أحدهما أو غاب الأيام اليسيرة لم يكن له الرجوع على صاحبه إلا أن تطول الغيبة، أو المرض، فله أخذ ما استفاد بعمله، وكذلك في شركة المفاوضة والعنان والاشتراك في الحمل على الدواب من باب شركة الأبدان، فإن كانت رقاب الدواب مشتركة فلا خلاف في جواز هذه الشركة، فإن لم يشتركا في رقاب الدواب فالمشهور جواز الشركة لأنها شركة بدن، والشاذ المنع لاختلاف الحمل، ودخول الخطر فيه[2].

قوله: «وتجوز في الاحتطاب والاصطياد»[3]: تنبيه على مذهب أبي حنيفة[4] ولعله إنما منع ذلك لقوة الغرر فيه، وزيادة الخطر.

قوله: «ويجوز أن يكون رأس المال فيها عيناً وعرضاً»: يتعلق به الكلام في رأس مال الشركة، قال **ابن المنذر**: أجمع العلماء على جواز الشركة بالعين إذا كان من نوع واحد[5]، وتحصيل القول في ذلك أن رأس المال إذا كان ذهباً من أحدهما ودراهم من الآخر فالمشهور أن ذلك لا يجوز، لأنه صرف مستأخر في المعنى، ولأنه بيع وشركة في عقد واحد، والجمع بينهما ممتنع، والشاذ الجواز بناء على التناجز في المعنى.

وإذا بنينا على المشهور فوقعت الشركة على ذلك فسخت ما لم تفت بالعمل، فإن فاتت وجب التراجع، وقسم الربح على مقدار رأس المال، فإن اختلفت (السكة)[6] بالجودة (والرداءة)[7] فهل يجوز أم يكره، لأن ذلك قمار ومخاطرة قولان: الجواز اعتباراً بالنفاق، والكراهة لما ذكرناه، فإن كان رأس المال طعاماً فلا يخلو أن يكون من نوع واحد أو من نوعين، فإن كان من نوع

---

(1) المقدمات 3/ 37.
(2) المصدر نفسه.
(3) التفريع 2/ 206؛ المعونة 2/ 1148.
(4) مختصر الطحاوي ص107؛ مختصر القدوري 2/ 129.
(5) الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر 1/ 62 ـ 63.
(6) في نسخة: «خق»: (الشركة).
(7) في نسخة: «خق»: (والدناءة).

واحد ففيه قولان: الجواز، والمنع[1]، وجه الجواز أن اتفاق الصنف كالذهب والفضة من الطرفين، ووجه العمل أن الطعام تختلف فيه الأغراض، وتتفاوت الأثمان بخلاف النقدين، فيقع فيه التأخير، وهو ممتنع في الطعام، والمنع هو المشهور، وإذا امتنع في الصنف الواحد فهو في النوعين أحرى.

قوله: «**وتنعقد على قيمته دون ثمنه**»: يريد أنه إذا أخرج أحدهما ثوباً والآخر ثوباً أو عرضاً آخر، انعقدت السكة بقيمة العرضين، وإن لم يذكرا الأثمان، ويكون رأس مال كل واحد منهما قيمة عرضه[2].

قوله: «**كان العرض مما يتميز عينه (كالرقيق والحياة)[3] (والثياب)[4] أو ممن لا تتميز**»: فيه تنبيه على تفصيل **الشافعي**، فإن صريح مذهبه أن الشركة إن كانت عى أثمان العروض مما تتميز عينه صحت، فإن سكتا عن الأثمان لم تصح الشركة مع سكوتهما، وإن كانت مما لا تتميز صحت الشركة على القيمة[5].

وتحصيل قول **مالك** أنهما إن اشتركا وسكتا عن الثمن انعقدت الشركة بينهما على قيمة العرضين، لأنها معلومة عادة[6].

فرع: هل من شرط الشريكين في المال أن لا يبيع أحدهما إلا بمحضر صاحبه شرطه طائفة من العلماء، والجمهور لم يشترطه وهو الصحيح، لأنه مقتض للوكالة والائتمان.

---

(1) بداية المجتهد 2/ 408 ـ 409.

(2) قال الدردير: وبعين وبعرض، وبعرضين مطلقاً، واعتبر كل بالقيمة يوم العقد إن صحت. ينظر: الشرح الصغير 4/ 27.

(3) ساقطة في نسختين: «خق» و«ش».

(4) مثبتة في نسخة: «ق».

(5) مختصر المزني ص109؛ الإقناع ص107.

(6) المعونة 2/ 1149؛ بداية المجتهد 2/ 408.

باب الرهون[1]

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**باب الرهون**»: إلى قوله: «**ولا يجوز غلق الرهن**».

شرح: الرهن مصدر رهنت داري رهناً، وقد يستعمل الشيء في نفسه، وهو جائز[2]، والأصل في جوازه الكتاب والسنة. أما الكتاب فقوله سبحانه: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ الآية [البقرة: 283]، فإن قيل لا حجة فيها لتوقف الجواز فيها على شيئين: فقدان الكاتب في السفر، قلنا هو خطاب خرج على الغالب فلا مفهوم له، يبينه **أن رسول** [24/و] **الله ﷺ رهن درعه في الحضر عند يهودي في (ثلاثة)**[3] **آصع من شعير، ومات ودرعه مرهونة**[4].

ومن أهل العلم من قصره على مورده من الآية وهو شاذ لا يعول عليه، قال به **مجاهد**[5] وغيره[6]. ويجب الكلام في الحد الذي ذكره القاضي.

قوله: «**احتباس العين وثيقة**»: إشارة إلى الشيء المرهون في نفسه، وحد القاضي ليس بجامع لخروج الغلات والديون عنه، وهو عندنا: «كل ما

---

(1) الرهن في اللغة، قال ابن فارس: الراء والهاء والنون أصل يدل على ثبات شيء يمسك بحق أو غيره، وفي الاصطلاح: مال قبضه توثق به في دين. ينظر: معجم مقاييس اللغة 2/ 452؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 409.

(2) المقدمات 2/ 361.

(3) كذا في النسختين ولعل الصواب (ثلاثين). ينظر: سنن البيهقي الكبرى 6/ 36؛ مواهب الجليل 5/ 3.

(4) حديث: (**رهن ﷺ درعه في الحضر عند يهودي...**): صحيح البخاري، كتاب الرهن، باب الرهن عند اليهود وغيرهم، حديث (2378) 3/ 116؛ صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر، حديث (1603) 3/ 1226؛ سنن البيهقي الكبرى، كتاب الرهن، باب جواز الرهن، حديث (10974) 6/ 36.

(5) المعونة 2/ 1152؛ عيون المجالس 4/ 1605؛ المقدمات 2/ 362؛ المغني 4/ 362.

(6) كالظاهرية. ينظر: القوانين الفقهية ص213؛ بداية المجتهد 2/ 443.

يمكن أن يستوفى الدين منه، أو من ثمن منافعه عيناً كان أو غلة أو ديناً» كرهن الدين عند من هو عليه أو غيره مفرداً أو مشاعاً مما يصح بيعه، أو مما لا يصح كجلود الميتة بعد الدباغ، والعبد الآبق، والبعير الشارد على ما فيه من خلاف، وكالثمرة قبل بدو صلاحها، (كان)[1] مما يعرف بعينه أو مما لا يعرف بعينه كالدنانير والدراهم إذا طبع عليها على المشهور مما سنذكره ملكاً للراهن أو مستعاراً له ليرهنه، ونحن نرسم هذه الجملة مسألة (مسألة)[2].

قوله: «ليستوفي الحق من ثمنها أو من ثمن منافعها»: إشارة إلى المدبر وغيره، فإن الحق إذا امتنع استيفائه (من عينه)[3] لامتناع بيعه لم يمتنع استيفاء الحق من ثمن منافعه وخدمته.

قوله: «عند تعذر أخذه من الغريم»: إشارة إلى الانتقال وهو في الحمالة على هذا الترتيب أيضاً على المشهور كما سنبينه.

المسألة الأولى: قد ذكرنا أن احتباس الرهن إنما هو لاستيفاء الحق منه، أو من ثمن منافعه ومن المعلوم أن استيفاء الحق يتمكن من الأعيان القائمة، والغلاة كخراج العبيد، وكراء المساكن والديون الثابتة في الذمم، فيجوز أن يرهن ذلك كله، فيرهن داره وغلة عبيده، وخراج مسكنه ودينه عند من هو عليه أو غيره لإمكان الاستيفاء من جميع ذلك، ومنع **الشافعي** من رهن الدين، وشرط أن يكون الرهن عيناً[4]، ولا وجه لذلك لإمكان حوزه واستيفاء الحق منه وهو فائدة الرهن. والله أعلم.

المسألة الثانية: رهن المشاع جائز عندنا[5] وعند **الشافعي**[6] خلافاً

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) ساقطة في نسخة: «ش».

(4) هذا في القول الأصح، قال الشيرازي في المهذب 1/ 309: وفي رهن الدين وجهان: أحدهما يجوز لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه كالغين، والثاني لا يجوز لأنه لا يدري هل يعطيه أم لا؟ ينظر أيضاً: الوسيط 3/ 466.

(5) التفريع 2/ 262؛ الكافي ص410؛ النوادر 10/ 168؛ البداية 2/ 441.

(6) روضة الطالبين 4/ 38؛ مغني المحتاج 2/ 123.

لأبي حنيفة[1].

وسبب الخلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لا؟ والدليل لنا أنه كما يصح قبضه بالبيع فيصح ارتهانه كالمقسوم، ومن الحنفية من منع بيع المشاع، فالاحتجاج عليهم حينئذ بجواز بيعه على جواز رهنه لمخالفهم في الأصل، والصحيح أنه متصور التسليم في المحلين.

فرع: إذا بنينا على الصحيح من جواز رهنه تعين النظر في صفة حوزه، ولا يخلو أن يكون باقيه للراهن أو (لغيره)[2]، فإن كان للراهن فلا يتصور حوزه إلا بقبض جميعه، وارتفاع يد الراهن عن جملته. قال الشيخ **أبو الحسن اللخمي**: «وإن كان جميع الدار أو العبد أو النوب للراهن فرهن نصف ذلك، ورفع يده عن جميع الرهن كان محوزاً»[3].

واختلف المذهب إذا كانت أيديهما (عليه هل يكون محوزاً أم لا؟ وكذلك في الصدقة، وإن كان باقيه لأجنبي فحوزه بحلول المرتهن محل الراهن، وارتفاع يد الراهن عنه، وسواء كان ذلك النصيب المشاع تحت يد المرتهن، أو تحت يد الشريك حائزاً للمرتهن، أو تحت يد عدل، أو تحت أيديهما)[4] معاً، وسواء كان المشاع مما لا يبان به كالعقار هذا أصل المذهب.

فرع: إذا ارتهن نصيبه من دار وأكرى نصيب شريكه وسكن فقال **ابن القاسم**: فسد الرهن بسكناه، إذا لم يقم المرتهن، فإن قام فله المقاسمة[5]، إذ له أن يقول ليس لك أن تفسد عليه حيازة رهني، ولو حاز المرتهن ما رهنه من المشاع بغلق، أو غيره صح الحوز وللمرتهن أن يمنع الراهن من السكنى (حتى يقاسمه الرقاب، وإن كانت مما ينقسم، فإن كانت الدار مما لا ينقسم فللمرتهن أن يمنع الراهن من السكنى)[6] ويكري جميعها، فإن كان رهن توثقة

---

(1) مختصر الطحاوي ص92؛ مختصر القدوري 2/ 56؛ الهداية 4/ 472.

(2) في نسخة: «خق»: (لأجنبي).

(3) التبصرة للخمي 2/ 42/ ظ.

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) النوادر 01/ 166؛ البيان والتحصيل 11/ 28.

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

فقط فجميع الكراء للراهن، وإن كان رهن توثقة وانتفاع فالكراء بينهما على الأجزاء المرتهنة.

المسألة الثالثة: يجوز البيع على رهن معين، ولا كلام في لزومه بالتعيين، ويجوز أن ينعقد على رهن غير معين، وعلى الغريم حينئذ أن يعطي الصنف المعتاد، ولا يلزم البائع قبول (ارتهان)[1] ما لم تجر العادة بارتهانه مما في حفظه كلفة كالعبيد والدواب في حق من لم (يعهد)[2] ذلك.

المسألة الرابعة: يجوز أن يكون الرهن مما يجوز بيعه، ومما لا يجوز بيعه مما يصح تملكه احترازاً من الخمر والخنزير. ويدخل تحت هذا الضابط أنواع الثمرة قبل بدو الصلاح، والعبد الآبق والبعير الشارد، والجنين في بطن أمه وجلود الميتة بعد الدباغ، وجلود السباع المذكاة لأخذ جلودها، والمصحف والولد الصغير دون أمه، والأم دون ولدها، ونحن نفصل ذلك فنقول: رهن الثمار قبل بدو صلاحها جائز، وسواء كان طيبها عند محل أجل الدين، أو قبله أو بعده، أما إذا كان طيبها عند محل أجل الدين فلا إشكال حينئذ، فإن كان[3] الطيب قبل ذلك وشرط إيقاف ثمنها (إلى محل الأجل)[4] جاز إذ لا جهالة، فإن شرط المرتهن بيعها إذا طابت، وأن ينتقد ثمنها، فلا يخلو أن يكون ارتهانها بعد عقد البيع، أو في أصل العقد، فإن كان بعد عقد البيع جاز اشتراط تعجيل الثمن لسلامة أصل العقد من الغرر، وإن كان الارتهان في أصل العقد للبيع لم يجز لما في ذلك من الغرر والترجية في الثمن الذي لا يدرى متى يتعجله لاحتمال أن تهلك الثمرة فيتأخر الثمن، أو أن تسلم ولم يبلغ ثمن ثمرتها مقدار الدين، وإن مات قبل طيب الثمرة وترك [24/ظ] ما يوفي منه الدين، وفي الدين، وسلمت الثمرة للورثة، وإن ترك ما يفي ببعض الدين قبض ما أمكن، وانتظر بالباقي بدو الصلاح وبقيت تحت يده إلى الاستيفاء، فإن كان على الميت الراهن ديون كثيرة فلمرتهن الثمرة

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) في نسخة: «خق»: (يعتد).
(3) في نسخة: «خق»: زيادة (لأجلها في).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».

محاصتهم في الحال لجملة دينه، ويبقى الثمرة بيده إلى إبان البيع فتباع، فإن وفيت بدينه رد ما أخذ في المحاصة، وتحاص فيه الغرماء، وإن كان ثمن ثمرتها أكثر من دينه رد الفضلة مع ما نابه أولاً في الحصاص، وإن كان ثمنها أقل فقد كشف الغيب أنه ليس له في الحاصة إلا بمقدار (ما بقى)[1] فقط، فيرد ما زاد على ذلك للغرماء فيتحاصوا فيه أيضاً، وأما لعبد الآبق والبعير الشارد فرهنه جائز في أصل العقد في القرض، وبعد تقديره في الذمة، وبعد عقد البيع، وهل يجوز رهنه في أصل العقد أم لا؟ قولان في المذهب: الجواز، والمنع، والمشهور الجواز والشاذ المنع، ومبنى الخلاف على الخلاف في الرهن هل له قسط في الثمن أم لا؟ ومنع في الكتاب رهن الجنين في بطن أمه، وأجازه **ابن ميسر**[2]، وهذا إذا كان في أصل العقد، أما بعد العقد فهو جائز[3]. وقسم الشيخ **أبو الحسن اللخمي** الرهن على خمسة أصناف[4]:

الأول: ما يجوز بيعه وملكه، ولا خلاف في جواز رهنه.

والثاني: ما يجوز ملكه، ولا يجوز بيعه للغرر كالعبد الآبق، والبعير الشارد وقد قدمنا ما فيه.

والثالث: ما يجوز ملكه ولا يجوز بيعه لا للغرر، بل لمعنى آخر كأم الولد، وجلود الميتة قبل الدباغ وعظام الميتة. قال الشيخ **أبو الحسن**: فهذا القسم لا يجوز رهنه. قلت وفيه تفصيل وتعليل، فأما أم الولد فلا يجوز رهنها، إذ ليس له أن يستأجرها، ولا أن يبيعها، فلا يرهنا، إذ لا يملك منها رقبة ولا منفعة، وأما جلود الميتة بعد الدباغ فلا تباع على المشهور، لأن طهارتها خاصة، فلذلك لا ترهن، وأجاز **ابن وهب** بيعها بعد الدباغ[5]،

---

(1) في نسخة: «خق»: (الثمن).

(2) أبو عمر أحمد بن ميسر بن محمد بن إسماعيل، يعرف بابن الأغبش القرطبي، سمع من ابن وضاح والخشني ومطرف وغيرهم، توفي سنة (328هـ ـ 940م)، وقيل غير هذا. ينظر: الديباج المذهب 1/ 34.

(3) حاشية الدسوقي 3/ 234، 232.

(4) التبصرة 48/ ظ؛ 49/ و. خع.

(5) النوادر 10/ 288.

فيجوز رهنها، وكذلك عظام الميتة إذا صلقت على خلاف فيها.

والقسم الرابع: ما لا يجوز ملكه كالخمر والخنزير والسم ونحوه، ولا خلاف في امتناع بيع هذا القسم ورهنه.

والقسم الخامس: ما اختلف في جواز بيعه، من هذا المصحف (وكتب الفقه)[1] وجلود السباع المذكاة، وجلود الميتة بعد الدباغ ونحو ذلك مما اختلف في جواز بيعه، فيختلف في جواز رهنه على حسب الاختلاف في جواز بيعه، وقد قدمناه، ويجوز رهن الأم دون ولدها الصغير ولا يفرق بينهما في البيع، وتباع هي وولدها، ومرتهنها أحق بثمنها دون ثمن ولدها، ويوزع الثمن بينهما، ويكون في الباقي مما ينوب الولد إسوة الغرماء، ويرهن الولد دون أمه، وتكون الأم مع ولدها عند المرتهن ليتم حوزها، وقيل لا يرهن حتى يبلغ حد التفرقة إلا أن تكون معه أمه.

فرع: إذا ارتهن عصيراً فصار خمراً أريقت عليه، وهل يلزم المرتهن أن يرفع أمره إلى (الإمام)[2] أم لا؟ قولان، اللزوم خوفاً من أن يكون حاكم الموضع ممن يرى (تخليلها)[3]. والثاني أنه لا يلزم إذا أقام على ذلك بينة، فإن صارت خمراً، فغفل عنها حتى عادت خلاً فهي في الدهن، فإن كان الراهن نصرانياً رهن خلاً عند مسلم، فصار خمراً أسلم ذلك إليه ولم يرق، فإن عادت خلاً أو خلله انتزعت منه وعادت إلى الراهن توفية لمقتضى العقود الشرعية.

فرع: رهن المدبر فيه تفصيل تحقيقه أنه لا يخلو أن يرهن رقبته أو خدمته، فإن رهن رقبته على أنه يباع قبل الموت لم يجز، فإن وقع ذلك فهل يعود حقه في الخدمة، وتباع خدمته وقتاً بعد وقت على حساب استئجار العبد والأمة، أو يبطل حقه من الرقبة والمنفعة معاً فيه قولان عندنا[4]، وإن رهن

---

(1) في نسخة: «ش»: (وكلب الإباحة).

(2) في نسخة: «خق»: (السلطان).

(3) في نسخة: «خق»: (التخليل لها).

(4) النوادر 10/ 228؛ التاج والإكليل 5/ 4.

رقبته على أنه إن مات الراهن، ولا مال له بيع المدبر للدين السابق على التدبير، فلا يخلو أن يكون هذا الرهن في قرض، أو بيع، فإن كان في قرض جاز، وإن كان في بيع بعد العقدة جاز أيضاً، وإن كان في أصل عقدة البيع فأجازه اللخمي[1] وغيره على الخلاف في جواز رهن الغرر، وقد تقدم ما فيه، وأما رهن خدمته فجائز.

فرع: أجاز **مالك** رهن المصحف[2]، ومنعه **الشافعي**[3]، وقال في الكتاب: ولا يقرأ فيه المرتهن فإن أباحه له الراهن للقراءة، إما أن يكون في سلف، أو في بيع، فإن كان في سلف لم يجز ذلك، لأنه سلف جر نفعاً، كان ذلك في أصل السلف أو بعد عقده، وأما في البيع فظاهر الإطلاق المنع[4]، وأجاز **أشهب**[5] في أصل البيع، ومنعه بعد العقد لإمكان التهمة على أن تكون إباحته للانتفاع به في مقابلة النظرة، فيكون من باب سلف جر نفعاً.

فرع: إذا ارتهن (داراً)[6] ثم ثبت أنها حبس ففي المذهب قولان في هذه الصورة، أحدهما أن منافعها للمرتهن، إذ هي على ملك الراهن من الحبس، والثاني أنه لا شيء له من غلتها إذ الرهن إنما يتعلق بالرقبة لا بالمنافع[7]، وقد قدمنا الخلاف هل تعود على المرتهن رقبة المدبر في منافعه أم لا؟

---

(1) التبصرة 3/ 42/و، خع.

(2) المدونة 14/ 318؛ وهو مذهب الحنفية. ينظر: المبسوط للسرخسي 21/ 64.

(3) المهذب 1/ 309 ـ 310.

(4) المدونة 14/ 318، وفيها: أرأيت المصحف أيجوز أن يرتهن في قول مالك قال نعم، ولا يقرأ فيه، قلت فإن لم يكن في أصل الرهن شرط أن يقرأ فيه فتوسع له رب المصحف أن يقرأ فيه بعد ذلك قال: قال: مالك لا يعجبني ذلك قلت أرأيت إن كان هذا الرهن من قرض، أو من بيع قال لم أسمع من مالك فيه شيئاً، وأراه سواء من قرض كان أو من بيع.

(5) النوادر 10/ 222 ـ 223.

(6) في نسخة: «خق»: (ذلك).

(7) قال العبدري في التاج والإكليل 5/ 4: من ارتهن داراً ثم ثبت أنها حبس عليه، فقيل لا شيء عليه من غلتها، لأنه إنما رهنه الرقبة، وقيل يكون له ما يصح للراهن ملكه منها وهي المنافع.

فرع: يتعلق بما قدمناه من رهن الغرر، وهو أن يشترط المرتهن منفعة الرهن وهو مما يسرع إليه التغير كالحيوان والثياب ونحوها، فهل يجوز ذلك أم لا؟ قولان كرهه في الكتاب وقال **ابن القاسم**: وأنا لا أرى به بأساً[1] كالإجارة، وهذا إجارة وبيع، وأجرى الأشياخ هذا الخلاف على الخلاف في جواز ارتهان الغرر، وقد قدمناه.

المسألة الخامسة: قد ذكرنا أن وثيقة الرهن قد تكون مما يعرف بعينه، ومما لا يعرف بعينه كالدراهم والدنانير والفلوس، وكل ما يكال أو يوزن.

وتحصيل القول فيما لا يعرف بعينه إذا رهن أنه لا يخلو أن يطبع عليها أم لا، فإن طبع عليها فلا خلاف في جواز ارتهانه [25/و] وإن لم يطبع عليه، فإن كان تحت يد (عدل جاز، وإن كان تحت يد)[2] المرتهن لم يجز للاتهام على أن يتسلفها. قال **أشهب**: لا أحب ارتهان الدنانير، والدراهم، والفلوس إلا مطبوعة للتهمة على أن يتسلفها، فإن لم يطبع حين الرهن، وعثر على ذلك لم يفسخ البيع، وأجبر على طبعه من أباه[3]، ويجوز رهن الحلي، وإن لم يطبع عليه، لأنه مما يعرف بعينه، ولا يكاد يلتبس غالباً.

المسألة السادسة: يجوز أن يكون الرهن ملكاً للراهن أو مستعاراً له ليرهنه، وبجواز ذلك قال **الشافعي**[4]، إذا علم المعير فإن حل أجل الدين وكان ملياً حكم عليه بقضائه، ورجع الرهن من المستعار إلى ربه، فإن كان عديماً استوفى الدين من ثمن الرهن المستعار، ويقضي السلطان على الراهن ببيع الرهن، وإن كره ذلك ربه، لأنه إنما أعاره لذلك فإن بيع وقضى من ثمنه الدين عن الراهن فلربه الرجوع عليه، واختلف المذهب بم يرجع المعير على المستعير، فقال **ابن القاسم**: يرجع عليه بقيمة المرهون، وقال **أشهب** إنما يرجع بثمنه (الذي بيع عليه به، واختاره بعض المتأخرين، وإلا كان بيعاً بالقيمة)[5] وهو لا يجوز.

---

(1) المدونة 14/ 317؛ النوادر 10/ 222 ـ 223؛ التاج والإكليل 5/ 17.
(2) في نسخة: «خق».
(3) النوادر 10/ 226؛ مواهب الجليل 5/ 6.
(4) الأم 3/ 186؛ إعانة الطالبين 3/ 56.
(5) ساقطة في نسخة: «خق».

وتظهر فائدة الخلاف إذا كان أحدهما أكثر من الآخر، فإن بيع بأكثر من الدين يقضي الدين وفضلت من الثمن فضلة، وقفها الإمام، فإن ضاعت فضمانها من ربها، ولا ضمان على المستعير، فإن هلك المرتهن المستعار في يد المرتهن يرجع المعير على المستعير بقيمته إن كان مما يغاب عليه. وقاص الراهن المستعير المرتهن، إذ هو ضامن فيما يغاب عليه، فإن كان مما لا يغاب عليه فلا ضمان على المرتهن، ولا على المستعير.

فرع: إذا أعاره عبداً ليرهنه في دراهم، فرهنه في طعام فالمشهور أنه ضامن له لتعديه وقال **أشهب**: لا ضمان عليه في العبد وهو رهن في عدد الدراهم التي أعاره ليرهنه فيها، والأول هو الصحيح[1]، لأنه إنما أعطاه له لوجه مخصوص، فلا يخرج عنه لما في ذلك من التعدي على المالك. والله أعلم.

قوله: «وهو جائز[2] بكل دين لازم»: ويتعلق به الكلام فيما يجوز أخذ الرهن فيه، ونبه على مذهب المخالف القائل أنه لا يجوز الرهن إلا في السلم فقط[3]، (فقصر)[4] الآية على محلها، ويجوز أخذ الرهن في سائر الأثمان في البيوعات إلا في الصرف وفي رأس مال السلم، لأن أخذ الرهن في الصرف، وفي رأس مال السلم يؤدي إلى التأخير، وهو ممتنع إجماعاً، ويجوز أخذ الرهن في المسلم فيه، وفي القرض والغصب وقيم المتلفات، وأوراش الجنايات، وفي قتل الخطأ، لأنه مال على العاقلة، فيجوز أخذ الرهن منهم

(1) قال العبدري: من أعرته سلعة ليرهنها في دراهم مسماة فرهنها في طعام، فقد خالف وأراه ضامناً قال ابن يونس: إنما يضمن إذا أقر المستعير بذلك، وخالفها المرتهن، ولم يشأ المعير أن يحلف فيكون رهنه رهناً فيما أقر به من الدراهم، فإذا لم يخلف كان له تضمين المستعير بتعديه... قال أشهب: لا ضمان عليه في العبد، ويكون رهناً في عدد الدراهم التي رضي بها السيد. ينظر: التاج والإكليل 5/ 8؛ حاشية الدسوقي 3/ 239.

(2) يعني أن عقد الرهن من العقود الجائزة لا الواجبة بإجماع العلماء، لأن الرهن وثيقة بالدين فلم يجب كالضمان، وإنما جاز حفظاً للأموال وسلامة من التنازع.

(3) لعله يقصد الظاهرية. ينظر: بداية المجتهد 2/ 441؛ القوانين الفقهية ص213.

(4) في نسخة: «خق»: (نص) كذا.

فيه، وفي العارية المضمونة، وفي المنافع المضمونة في الذمة، وفي الجعل (بعد العمل)[1] لأنه لازم، وفي المهور، لأنها ديون محققة، ولا يجوز أخذ الرهن في الحدود ولا في القصاص، ولا في كتابة، ويجوز أخذه في جراح العمد التي لا قود[2] فيها كالمأمومة [3]، والجائفة[4] لأنها أوراش مالية، وأما قتل العمد والجراح التي يقاد منها، فهل يجوز أخذ الرهن فيها أم لا؟ ففيه تفصيل، فإن بنينا على قول من يرى أنه ليس فيها إلا القود فلا يجوز أخذ الرهن فيها، وإن قلنا بالتخيير فيها بين القود والدية، وجبرنا القاتل على المال، وإذا أراد الولي ذلك فهذا مال أو ما يصير إلى المال فيؤخذ عنه الرهن والكفيل.

قوله: «**ويجوز عقده قبل وجوب الحق وبعده مقارنة له**»: قلنا أما إذا كان سابقاً أو مقارناً فلا كلام فيه، فإن تأخر عن العقد، فإن كان على شرط زيادة في الأجل أو منفعة يشترطها فلا يجوز لأنه سلف جر نفعاً، وإن لم يكن على ذلك فهو جائز، ويجري على تقديم الرهن على الحق المضمون، وكلا القسمين جائز عندنا كما ذكره[5]، وقال **الشافعي**: لا يصح ذلك[6]، ولا وجه له وقال الشيخ **أبو الحسن اللخمي**: وإذا كان الرهن شرطاً في أصل العقد للبيع أو القرض كان أبين، لأنه يجري في الجبر على تسليمه مجرى البياعات، وإذا كان بعد العقد كان في الجبر على تسليمه عى حكم الهبات[7].

قوله: «**ويلزم بمجرد القول**»: قلت: لأنه من جملة عقود المعاوضة.

قوله: «**والقبض شرط في صحته**»: وهذا صريح مذهب **مالك**[8] أن

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) سيأتي التعريف بهذه المصطلحات في حينه.
(3) سيأتي التعريف بهذه المصطلحات في حينه.
(4) سيأتي التعريف بهذه المصطلحات في حينه.
(5) الكافي ص410؛ المعونة 2/ 1154.
(6) الأم 3/ 145؛ مختصر المزني ص93.
(7) التبصرة للخمي 4/ 42/ ظ.
(8) الكافي ص410؛ عيون المجالس 4/ 1607؛ المعونة 2/ 1153؛ بداية المجتهد =

العقد يوجب (لزوم)[1] الرهن للراهن ويجبر الراهن على الإقباض، والعمدة لمالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول، وقد قال تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة: 283] إشارة إلى أنْ حكم الرهن أن يكون مقبوضاً ألا تراه أنه إن امتنع من ذلك جبر على الإقباض والتمكين، فإذا رفع الراهن يده عنه وأجازه المرتهن، أو جعل على يد عدل صح بلا خلاف، وإن بقيت يد الراهن عليه مع القدرة على حوزه حتى فلس الراهن الراهن (أو مرض)[2] أو مات بطل الرهن، إلا أن يكون بقاؤه في يد الراهن بغير تفريط من المرتهن (في القبض مثل أن يرهنه داراً غائباً فيخرج المرتهن لحوزها فيموت الراهن قبل حيازة لها)[3]، أو يكون مجداً في الطلب، قائماً به مستمراً عليه، فلم يتمكن من القبض حتى قام الغرماء فهذا رهن صحيح على الأصح، إذ لا تفريط، وقيل يبطل ويكون إسوة (الغرماء)[4] لعدم الحوز، وهو ظاهر إطلاق الكتاب. قال الشيخ **أبو الحسن اللخمي**: وإنما تبطله التهمة أن يكونا قصدا إلى بقائه»[5]، وشرط القاضي استدامة القبض احترازاً من أن يعود اختياراً إلى يد الراهن مطلقاً بأي وجه رجع من إجازة، أو وديعة، أو استخدام، أو عارية أو غير ذلك، هذا كله سواء في إبطال الحوز[6]، وعندنا رواية أنه لا يبطل الحوز رجوعه بأجرة. وإذا فرعنا على المشهور من أن رجوعه (يبطل)[7] الحوز،

= 2/ 442. وقال أبو حنيفة والشافعي: إذا عقد له من غير قبض فهو جائز وليس بلازم، فإن شاء الراهن قبضه ولزم، وإلا فله ألا يقبضه ولا يلزم. ينظر: مختصر القدوري 2/ 55؛ الإقناع ص101.

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) التبصرة للخمي 4/ 42/و، وفيه: واختلف إذا لم يفرط المرتهن في القبض حتى فلس الراهن أو مات فقيل يبطل لعدم الحوز، وقيل يصح، وإنما تبطله التهمة أن يكونا قصداً إلى بقائه.
(6) بداية المجتهد 2/ 443.
(7) في نسخة: «خق»: (يخرجه عن).

فرجع بإجارة إلى يد الراهن من غير المرتهن مثل أن يرهن داراً، ثم يكريها من المرتهن رجل، ثم يكريها مكتريها من راهنها فقال **ابن القاسم** في العتبية: إن كان المكتري الذي أكراها المرتهن منه من سبب الراهن فالكراء لازم، وذلك فساد [25/ظ] لرهنه ما دامت في يده. يريد إن علم المرتهن بذلك، وإن كان أجنبياً صح الرهن.

فرع: وإذا بنينا على ما قدمناه من أن رجوع الرهن إلى يد المرتهن يبطل حوزه، فقام يطلب رده ليعود له الحوز، فله ذلك إلا أن يفوت ويحال بينه وبينه بقيام الغرماء.

وإذا أجزنا له القيام بطلب الرد فهل يكون له ذلك في العارية، أو يحمل على عارية المثل ففيه تفصيل، أما إن كانت العارية مؤجلة، فليس له الارتجاع قبل الأجل، وله الارتجاع بعد (انصرام)[1] الأجل ما لم يستحدث ديناً، أو يقوم عليه الغرماء، وأما إن كانت العارية مبهمة فهل له الارتجاع في الحال أو يحمل المبهمة على (أجل المثل)[2] قولان عندنا.

وإذا أجزنا له القيام في رده فإنما ذلك إذا قال جهلت أن ذلك نقض للرهن وأشبه قوله فله الرد بعد أن يحلف، ولو أحدث فيه ربه بعد رجوعه إليه بيعاً أو تدبيراً أو عتقاً أو تحبيساً لكان ذلك (فوتاً)[3] يمنع القيام بالرد، فإن كان الرهن رضا أذن له في حرثها حمل على أول بطن، فإذا رفع زرعه قبضها، وليس له أن يسترده، ولو أجره صاحبه من أجنبي بإذن المرتهن فسد الرهن فإن أجرة المرتهن بإذن الراهن لم يفسد، ولو استأجره المرتهن من الراهن فهل يبطل الرهن أم لا؟ فصل فيه الشيخ **أبو الحسن اللخمي** فقال: إن ولى الراهن العقد بنفسه فسد الرهن، وإن وليه وكيله جاز[4]، وهذا لا معنى له، لأن يد وكيله كيده شرعاً، وإذا خرج الرهن من يد المرتهن غلبة لم يفسد الرهن كالغصب وآباق العبد، فإن وجد الآبق في يد الراهن، فقال المرتهن أبق

(1) في نسخة: «خق»: (انفصال).
(2) في نسخة: «ش»: (الأجل).
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) التبصرة للخمي 4/ 42/و.

ولم يعلم ذلك لم يصدق وفسد الرهن عن قيام الغرماء، فإن ثبت أباقه لم يفسد.

فرع: إذا اشترطنا القبض المستدام، فهل يشترط أن يكون قبضا للرهن أم لا يشترط. وتظهر فائدته فيما إذا كان الرهن تحت يده بإجارة أو مساقاة، ثم ارتهنه فهل يكون حوزه بذلك حوزاً للرهن أم لا؟ فيه قولان فقال **ابن القاسم** ذلك حيازة، وعنه في كتاب **محمد** لا يكون حوزاً[1]، لأنه محوز (بوجه)[2] غير الرهن، وتظهر فائدة هذا إذا قام الغرماء، هل يكون أحق به أم لا؟، وكذلك إذا كان المرتهن غير المستأجر مثل أن يؤاجر بغيره أو يساقي غلاماً في حائطه، ثم يرهنه من رجل آخر فهل يكون ذلك حوزاً للمرتهن أم لا؟ فيه تفصيل، فإن حاز العامل أو المستأجر الرقاب للمرتهن، أو جعل المرتهن مع العامل رجلاً فهو حوز صحيح، وإن لم يحز العامل للمرتهن، ولم يجعل معه المرتهن أميناً، فليس بحوز، وفي الدمياطية فيمن ارتهن بعيراً وهو في الكراء فعلفه المرتهن، وقام به فهو حوز، وإن كان تحت يد المستأجر فهل يضمن الرهن أم لا؟ قولان عندنا، أحدهما: أنه لا يضمنه، إذ ليس أصل حوزه بالرهن، وإنما حازه بحكم الإجارة وهو قول عبد الملك، والثاني أنه يضمن على حكم الرهان[3].

فرع: ارتهان ما في الإجارة بخلاف ارتهان فضلة الرهن فحوز المستأجر للمرتهن ليس بحوز على ما قدمناه، وحَوز فضلة الرهن حوز، لأن الفضلة محازة عن ربها، والمستأجر محاز لربه.

فرع: إذا كان الرهن تحت يده بغصب، (ثم تعامل)[4] الغاصب والمغصوب منه تحت يد الغاصب رهناً صح ذلك عندنا[5] خلافاً للشافعي لصحة الانتقال من ضمان الغصب إلى ضمان الرهن عندنا، وقال الشافعي: لا

---

(1) في نسخة: «خق»: (بإجارة).
(2) النوادر 10/ 164 ـ 165.
(3) التبصرة 3/ 48/ و.
(4) في نسخة: «خق»: (من).
(5) الكافي ص41 ـ 412؛ المدونة 2/ 1163؛ بداية المجتهد 2/ 440.

يصح ويبقى على ضمان الغاصب إلا أن يقبضه[1]، وكذلك رهن الوديعة ويجب أن يعلم المودع الذي هي تحت يده أنها رهن في حق فلان فيحوزها للمرتهن (لا للمودع فإن لم يعلم المودع أو علم إلا أنه قال أحوزها للمرتهن)[2]، فهل يكون الرهن صحيحاً أو باطلاً، أما إن عثر على ذلك قبل قيام الغرماء فللمرتهن طلب الحوز لنفسه، وإن قام الغرماء، وفلس الراهن فلا يخلو أن يكون المودع حاضراً أو غائباً، فإن كان غائباً ففلس الراهن قبل قدوم الغائب ولم يقره المرتهن في طلب الحيازة، ففي صحة هذا الرهن قولان أحدهما صحته، ويكون المرتهن أحق به من الغرماء إذا لم يفرط. والثاني: بطلانه لعدم الحوز.

واختلف المذهب إذا رهنه بعض الوديعة، ورضي المودع أن تكون الوديعة تحت يده لهما جميعاً، ففي المبسوط لعبد الملك: لا يجوز ذلك فليس ذلك بحوز، وقيل هو حوز ومن هذا الأصل اختلافهم في حوز الأب لولده الصغير إذا تصدق عليه ببعض داره، أو عبد وكانت يده عليه له ولولده، ففي صحة هذه الصدقة قولان حكاهما الشيخ **أبو الحسن**[3] وغيره.

قوله: «ويجوز أن يجعلان على يد أمين يرضيان به»[4]: وهذا تنبيه على مذهب المخالف[5] لأن من الفقهاء من رأى أن قبض غير المرتهن لا يكون قبضاً، والجمهور على خلافه، لأنه محوز على الراهن في المحلين، وهو المقصود. وههنا (فروع):

الأول: إذا اختلفا فادعى أحدهما إلى كونه عند المرتهن، (وديعة)[6] وادعى الآخر إلى كونه أمين ففيه تفصيل. لبابه[7] أنه إن كانت عادة حكم بها،

(1) الأم 3/ 254 ـ 256؛ مختصر المزني ص101 ـ 102؛ الإقناع ص101.
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) التبصرة للخمي 4/ 50/ و.
(4) الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2/ 6؛ الشرح الصغير 3/ 214.
(5) يقصد الحكم والحارث العكلي وقتادة وابن أبي ليلى. ينظر: المغني 4/ 288.
(6) ساقطة في نسخة: «ش».
(7) في نسخة: «خق»: (لنا فيه).

وإن لم تكن هناك عادة فقال **ابن القاسم** القول قول من ادعى العدل لتقابل الدعوى، وحصول المقصود بكونه تحت يد عدل، وقال غيره القول قول المرتهن[1].

الفرع الثاني: إذا اختلفا في العدل الذي يوضع على يده، فادعى أحدهما إلى شخص وادعى الآخر إلى غيره، ففيه قولان عندنا[2]، أحدهما أن النظر في ذلك إلى الحاكم فيوقفه حيث شاء لتقابل الدعوى، والثاني: أن القول قول المالك إذا ادعى ما لا ضرر فيه على (الآخر)[3]، إذ هذا نظر لماله [26/و].

الفرع الثالث: إذا كان المرتهن رجلين جعلاه حيث شاءا، ويجوز أن يجعلاه تحت يد أحدهما، وينظر الآخر فيه، ويتفقده، ولا يرفع يده عنه، فإن ضاع، وكان مما يغاب عليه فضمانه منهما معاً.

مسألة: قد بينا أن القبض شرط في الاختصاص بالرهن، فقبض العروض والحيوان حوزها والبينونة بها، وقبض الأعدال والسفن والأنهار والأرضين والأشجار والعقار وضع المرتهن يده عليها، وارتفاع يد الراهن عنها، ويمنع المرتهن الرهن من التصرف فيها في المستقبل، وحوز مسكن الراهن خروجه عنه، وإخلائه من شواغله إلا أن يدخلها في الرهن، ويرفع يده عنهما فتتبع المسكن، ولو ارتهن تابوتاً دون ما فيه فحازه عنه جاز، وكذلك الحائط دون رقيقه وثمرته ودوابه، فحوز الأصل حوز لما فيه، فإذا حال بينه ويبن الرقاب وما فيها صح، وكان المرتهن الأصل أو ما فيه، وإن كان الرهن طعاماً مختزناً فحوزه تسليم المفتاح إلى المرتهن أو إلى أمين وطابعه (كمفتاحه)[4].

قوله: «وضمان الرهن من مرتهنه»: اختلف العلماء في ضمان الرهن

---

(1) الجواهر الثمينة 2/ 596.

(2) التبصرة 3/ 42/ ظ.

(3) في نسخة: «خق»: (المالك).

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

علىٰ ثلاثة أقوال فقال **الشافعي**[1] **وأحمد**[2] **وأبو ثور**[3] الرهن أمانة تحت يد المرتهن فلا ضمان عليه فيه بحال اعتماداً على قوله ﷺ: **(الرهن ممن رهنه، له غنمه وعليه غرمه)**[4][5] وقال قوم هو مضمون على الإطلاق وهو قول **أبي حنيفة** والكوفيين[6] اعتماداً على ما روى **أن رجلاً رهن فرساً من رجل فهلك في يده فقال ﷺ للمرتهن: (ذهب حقك)**[7] وفرق **مالك** ﷺ بين ما غاب عليه فيقع (في ضمان المرتهن)[8] استحساناً لمكان التهمة، وما يغاب عليه مما لا يستقل بنفسه كالثياب، والبسط، والسلام[9]، وغير المضمون أربعة أقسام:

---

(1) الأم 3/ 167 ـ 176؛ مختصر المزني ص108؛ الإقناع ص101؛ روضة الطالبين 4/ 96.

(2) المقنع ص116؛ الإنصاف 5/ 159.

(3) المحلى 6/ 176.

(4) قال الحافظ ابن عبد البر: اختلف في قوله: له غنمة وعليه غرمة فقيل هي مدرجة من قول سعيد بن المسيب. ينظر: التمهيد 6/ 426.

(5) حديث: **(الرهن ممن راهنه له غنمه وعليه غرمه)**: سنن البيهقي، كتاب الرهن، باب ما جاء في زيادات الرهن، حديث (10992) 6/ 39؛ قال البيهقي: قال الشافعي: غنمه زيادته، وغرمه هلاكه ونقصة. ينظر أيضاً: المقدمات 2/ 368؛ المستدرك على الصحيحين، حديث (2315) 2/ 58. قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه لخلاف فيه على أصحاب الزهري، قال الشوكاني في نيل الأوطار 51/ 355: اختلف في وصله وإرساله ورفعه ووقفه وذلك مما يوجب عدم انتهاضه لمغارضته ما في صحيح البخاري وغيره.

(6) مختصر الطحاوي ص94 ـ 95؛ مختصر القدوري 2/ 56 ـ 57.

(7) حديث: **(أنه ﷺ قال للمرتهن ذهب حقك)**؛ مصنف ابن أبي شيبة، في الرجل يرهن الرجل فيهلك، حديث (22785) 4/ 524؛ شرح معاني الآثار 4/ 102؛ قال الطحاوي: فدل هذا من قول رسول الله ﷺ على بطلان الدين بضياع المرهون فإن قال هذا منقطع قيل له والذي تأويله أيضاً منقطع فإن كان المقطع حجة لك علينا، فالمنقطع أيضاً حجة لنا عليك.

وذهب المالكية إلى أن قوله ﷺ للمرتهن: ذهب حقك لا حجة له فيه، لاحتمال أن يكون ذهب حقك من الوثيقة لا دينك، وفائدته أنه لا يلزم الراهن رهن آخر بدله. ينظر: المقدمات 2/ 369.

(8) في نسخة: «خق»: (فيه الضمان على المرتهن).

(9) التفريع 2/ 259؛ الرسالة ص231؛ الكافي ص412 ـ 413؛ المقدمات 2/ 368 ـ =

الأول: ما لا يبان به كالعقار على اختلاف أنواعه، والثاني أن يكون مما يغاب عليه إلا أنه داخل بالعقد على أن يبقى في موضعه، ولا يغيب عليه كالثمار في رؤوس النخل والزرع القائم أو في الجرين والأندر، وهذا موكل إلى الأمانة. والثالث: ما لا يغاب عليه مما هو مستقل كالحيوان على اختلاف أنواعه، فإذا ادعى هلاكه قبل قوله إلا أن تكذبه قرائن، وقد اختلف المذهب في ضمان الرهن إذا كان حيواناً على ثلاثة أقوال[1]: أحدها أنه يضمن، والثاني أنه لا يضمن، (والثالث: أنه يضمن كل ما يستباح ذبحه وأكله دون ما لا يستباح ذلك فيه)[2].

والقسم الرابع: ما يبان به، ولا يغاب عليه كالسفن ترتهن، وهي على ساحل البحر، وآلات السفن ونحو ذلك، فهذا غير مضمون، لأنه مما لا يغاب عليه.

فرع: إذا ارتهن رهناً مما يغاب عليه فضاع عنده (فضمنه)[3]، ثم أفلس ولا مال له إلا ما على الراهن فقال **ابن القاسم**: الراهن إسوة الغرماء بناء على أن الدّين ليس يرهن في الرهن إذ لم ينعقد الأمر على ذلك، وقال (**أشهب**)[4] الراهن أحق بما عليه[5]، والأول أصح، واختلف المذهب في خمسة مسائل:

المسألة الأولى: إذا قامت البينة على تلف ما يغاب عليه هل يسقط الضمان تحكيماً للبينة أم لا رجوعاً إلى حكم الأصل.

المسألة الثانية: إذا اشترط (نفى)[6] الضمان فيما فيه الضمان، أو إثباته في محل سقوطه، هل يوفي بالشرط أم لا؟ قولان عندنا.

المسألة الثالثة: ما أصاب الرهن من سوس أو قرض فأر أو حرق نار

= 369؛ القوانين الفقهية ص213.

(1) المقدمات 2/ 370.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) عيون المجالس 4/ 163.

(6) في نسخة: «خق»: (سقوط).

هل يضمنه المرتهن أم لا؟ وفي الدمياطية عن مالك: المرتهن ضامن وعليه (تفقده ونفضه)[1]، وفي كتاب **محمد**: لا ضمان عليه وهو المشهور[2]، وألحق القاضي وغيره الحيوان بالعقار، إذ لا يخفى هلاكه.

قوله: «وكذلك إن كان على يد أمين»: يعني أن ضمانه من الراهن سواء كان حينئذ مما لا يغاب عليه أم لا؟ وهو نصه في المعونة[3]، وإنما لم يضمنه المرتهن إذ لم يقبضه فلا ضمان عليه حينئذ مطلقاً كان مما يغاب عليه أم لا؟ فإشارة القاضي بقوله: «وكذلك أي سقوط الضمان الذي هو أقرب مذكور إلى التفريق.

قوله: «ونماء الرهن داخل معه إن كان مما لا يتميز»: يتعلق به الكلام في غلاة الرهن. وقد اختلف العلماء في غلاة الرهن هل يدخل ذلك في الرهن أم لا؟ على ثلاثة مذاهب: فقال قوم إن جميع ذلك يدخل في الرهن وبه قال **أبو حنيفة**[4] **والثوري**[5]، وقال قوم: إن جميع ذلك لا يدخل في الرهن[6].

وتحصيل مذهب **مالك** في ذلك أن غلات الديار والعبيد والحيوان والثمار غير داخلة في الرهن، وما كان على صورة الرهن وخلقته داخل في الرهن (كولد)[7] الجارية المرتهنة[8] وقال ابن القاسم في الصوف إذا كان موجوداً يوم الرهن، ثم جز، فهو داخل في الرهن، وقال **أشهب**: هو غلة لا يدخل فيه[9].

قوله: «ونفقته على راهنه»: وهذا صريح مذهب **مالك** رَحِمَهُ اللَّهُ[10]، ونبه

---

(1) بياض في نسخة: «خق».

(2) التبصرة 3/ 44/ و؛ ومخطوط «خع»: (الرباط).

(3) المعونة 2/ 1159.

(4) مختصر الطحاوي ص94؛ القدوري 2/ 62.

(5) المقدمات 2/ 371؛ بداية المجتهد 2/ 446.

(6) المعونة 2/ 1162؛ بداية المجتهد 2/ 446.

(7) في نسخة: «خق»: (وكذلك) والصواب ما أثبته من نسخة: «ش». ينظر: التاج والإكليل 5/ 16.

(8) التاج والإكليل 5/ 16.

(9) المصدر نفسه 5/ 15، 282.

(10) التفريع 2/ 260؛ الكافي ص412؛ المعونة 2/ 1143؛ بداية المجتهد 2/ 446.

بذلك على خلاف **أحمد بن حنبل** وغيره القائل إن الرهن إن كان حيواناً فعلى المرتهن نفقته، وله ركوبه والانتفاع[1] به، معتمداً في ذلك على قوله ﷺ: **(الرهن محلوب ومركوب)**[2] والجمهور من أهل العلم على أنه ليس للمرتهن الانتفاع بشيء من الرهن اعتماداً على قوله ﷺ: **(الرهن من رهنه غنمه وعليه غرمه)**. ولذلك وجبت على الراهن نفقته ومؤنته وسقيه وعلاجه وإن كان عبداً، فمات فعلى الراهن كفنه ودفنه، فإن أنفق المرتهن على الرهن بأمر الراهن أو بغير أمره فله الرجوع عليه بقدر النفقة، وهل يكون الرهن رهناً في النفقة أم لا، المنصوص أنه لا يكون رهناً بالنفقة إلا أن يقول له الراهن أنفق عليه على أن نفقتك في الرهن[3] فحينئذ يكون أحق به من الغرماء، لأن رقبته مرتهنة في الدين، والنفقة لأنها دين، وقال **أشهب** [26/ظ] النفقة على الرهن كالنفقة على الضالة[4]، فالنفقة في هذا مبدأ على غيره من الغرماء، فإن ارتهن زرعاً ببئرها، فانهارت فهل يجبر الراهن على الإصلاح أم لا؟ المشهور أنه لا يجبر[5]، وعن **ابن القاسم** أنه يجبر إن كان ملياً[6].

وإذا بنينا على المشهور أنه لا يجبر على الإصلاح فأصلح المرتهن لخوف هلاك الزرع أو النخل فهل تتعلق نفقته بعين النخل، أو الزرع، فما زاد على ذلك باطل ليس فيه شيء، أو يتعلق الزائد بذمة رب النخل فيه قولان[7].

قوله: «ومال العبد ليس برهن معه»: قلت: لا يقتضي عقد الرهن دخول المال كما لا يقتضيه عقد البيع إلا بالشرط، وقد تقدم ما فيه.

---

(1) الكافي في فقه ابن حنبل 4/ 511.

(2) حديث: **(الرهن محلوب ومركوب)**: سنن البيهقي الكبرى، كتاب الرهن، باب ما جاء في زيادات الرهن، حديث (10989) 6/ 38؛ مصنف ابن أبي شيبة، حديث (36155) 7/ 288؛ المستدرك على الصحيحين، حديث (2347) 2/ 67.

(3) المعونة 14/ 314.

(4) النوادر 10/ 185؛ المنتقى 269.

(5) الشرح الكبير 3/ 253.

(6) الجواهر الثمينة 2/ 598.

(7) الجوهر الثمينة 2/ 597.

قوله: «ويثبت رهناً (بتقاررهما)[1] ما لم يفلس الراهن»: يتعلق به الكلام في صفة الحوز، وفي من يحوز عقد الرهن منه، وهو للراشد الذي لم يتعلق (بماله)[2] حق غيره، احترازاً من المفلس، فلا يجوز رهن المفلس عندنا.

واختلف قول **مالك** في رهن من أحاط الدين بماله، ولم يحكم بتفليسه هل يجوز رهنه أم لا؟ فالمشهور جوازه قبل التفليس، والشاذ أنه لا يجوز وللمأذون له في التجارة والمكاتب أن يرهنا ويرتهنا ويرهن الوصي عن محجوره للمصلحة، ولا يرهن أحد الوصيين إلا بإذن الآخر[3].

وأما صفة الحوز ففيه تفصيل، أما قبل قيام الغرماء فيكفي في ثبوته الإقرار به، ولا يلزم معاينة البينة له، وأما بعد الموت، أو المرض، أو الفلس، فالمنصوص اشتراط معاينة الشهود الحوز، فإن لم يثبت ذلك لم يكن حوزاً، وكان للمرتهن إسوة الغرماء، قاله **ابن القاسم** في كتاب **محمد**[4].

فرع: إذا استقرض الوصي ليتيمه من نفسه حاز الرهن لنفسه، فهل يكون هذا حوزاً صحيحاً أو لا؟ قولان حكاهما **اللخمي**[5]، والصحة أولى لحصول الحيازة حساً وحكماً كحوز الوديعة.

قوله: «وإذا كان فيه فضل جاز أخذ حق آخر عليه»: يتعلق به الكلام في جواز ارتهان فضلة الرهن، ويجوز رهن الفضلة عند من (الرهن)[6] تحت يده وعند غيره، فإن رهنها عنده وزاد في الدين على ارتهان الفضلة جاز، وكان حائزاً للرهنين جميعاً فإن كان الرهن في هذه الصورة تحت يد عدل ورضى العدل أن يحوز الفضلة لمرتهنها جاز، وإن لم يرض بذلك، ولم يحزها له ففي صحة الرهن في هذه الصورة قولان حكاهما الشيخ **أبو الحسن**

---

(1) في نسخة: «غ»: (بتقاريرها).
(2) في نسخة: «خق»: (به).
(3) المدونة 14/ 310؛ بداية المجتهد 2/ 440.
(4) النوادر 10/ 161.
(5) التبصرة 4/ 47/ و.
(6) في نسخة: «خق»: (كان).

اللخمي[1] فإن ارتهن الفضلة عند غير المرتهن الأول فلا يخلو أن يرضى الأول بذلك أم لا؟، فإن رضي به فلا خلاف في صحة الرهن، ويتم حوز الثاني ويبدأ الأول عليه، فإن علم الأول بارتهان الفضلة ولم يرض به، وكان في قيمة الرهن زيادة على (قدر)[2] الحق ففي المذهب في هذه الصورة قولان، فقال **ابن القاسم** في كتاب **محمد**: لا يجوز إلا برضاه، لأن الأول إنما حاز لنفسه، وقال أصبغ بجوازه[3]، وإن لم يرض الأول قياساً على المخدم يهب صاحبه رقبته لغير المخدم فيجوز ذلك وإن لم يعلم المخدم، وكذلك إذا كان الرهن في هذه الصورة على يد عدل، فإن حاز لهما جاز وإن لم يرض بالحيازة للفضلة فالمشهور البطلان، ويتعلق بهذه المسألة الكلام في ضمان فضلة الرهن، وتحصيل القول في ذلك أنه إذا كان الرهن كله تحت يد المرتهن الأول لنفسه ولصاحب الفضلة، فضاع، وكان مما يغاب عليه، فهل يضمن المرتهن جميعه، أو يسقط عنه ضمان الفضل لأنه فيه أمين (فيه قولان عندنا، قال **ابن القاسم**: يسقط عن الأول ضمان الفضلة لأنه فيها أمين)[4] وقال **أشهب**: ضمانه كله من الأول إذ لم تتعين الفضلة، فهو رهن واحد[5] ولو كان الرهن كله على يد الثاني مرتهن الفضلة جرى فيه الخلاف المتقدم.

قوله: «والرهن متعلق بجملة الحق وبابعاضه فما بقي جزء منه فهو رهن به»: وهذا تنبيه على مذهب المخالف[6] القائل أن للراهن أن يسترد من (الرهن)[7] بقدر ما أدى من الدين.

قوله: «ولا يجوز غلق[8] الرهن»: وهذا كما ذكره لثبوت نهيه ﷺ عن

---

(1) التبصرة 4/ 47/ و.
(2) في نسخة: «خق»: (ما فيه).
(3) النوادر 10/ 178 ـ 179.
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) النوادر 10/ 177.
(6) لم أقف على من قال بذلك، بل كلام ابن قدامة يقيد الإجماع عليه. ينظر: المغني 4/ 399.
(7) في نسخة: «خق»: (المرتهن).
(8) غلق الرهن غلقاً أي: استحقه المرتهن وذلك إذا لم يفتكك في الوقت المشروط، قال زهير: =

غلق الرهن[1] لما فيه من الغرر والجهل.

قوله: «فإذا حل الحق وتعذر أخذه من الغريم باعه»: قلت: فائدة الرهن أن يتخلص المرتهن من دينه من ثمن الرهن، أو من ثمن منافعه، ولذلك يختص به المرتهن، فإن باعه الراهن بنفسه، ووفى منه دينه فهو الواجب بالأصل، ووكيله بمنزلته، ويصح أن يوكل الراهن المرتهن على بيعه كالأجنبي، فإن وكله فهل له عزله لتعلق حقه بالوكالة أم لا؟ فيه قولان المشهور أنه ليس له عزله لتعلق حقه بالوكالة. والشاذ أن له عزله[2]، وهو قول **الشافعي**[3] **وإسماعيل** القاضي من أصحابنا اعتباراً بسائر الوكالات[4].

فرع: إذا وكل الراهن المرتهن على البيع فهل يستحب له الرفع إلى الحاكم وهو المشهور عن **مالك** دفعاً للخصومة، أو يستقل بنفسه توفية لمقتضى التوكيل حقه فيه قولان، وبجوازه من غير حاجة إلى الرفع، قال **أشهب**[5].

فرع: إذا بنينا أنه لا يبيع، فباع نفذ البيع، ولا يرد، وقيل إن كان من الأشياء التي لها بال كالدور، والعقار، والحيوان، يرد البيع فيه ما لم يفت، فإن فات مضى قاله في كتاب محمد وفي العتبية عن ابن القاسم [27/و] أحب (قوله)[6] إلى (أن يمضي[7] إذا أصاب وجه البيع، وإن كان له بال)[8].

= وفارقتك برهن لا فكاك له ... يوم الوداع فأمسى الرهن قد علقا

ينظر: الصحاح 4/ 1838.

(1) جزء من حديث: **(له غنمه وعليه غرمه)** وقد سبق تخريجه.

(2) المعونة 1168 ـ 1169.

(3) الأم 3/ 170؛ مختصر المزني ص94 ـ 95؛ المهذب 1/ 310.

(4) المعونة 2/ 1169.

(5) التفريع 2/ 265؛ المعونة 2/ 1169.

(6) في نسخة: «خق»: (قوليه).

(7) ساقطة في نسخة: «ش».

(8) البيان والتحصيل 11/ 16 وفيه: قال ابن القاسم، وقد بلغني عن مالك أنه قال: إذا أصاب وجه البيع أنه يمضي، فات أو لم يفت ثم قال: إذا كان ذلك شيئاً تافهاً رأيت أن يمضي البيع فات أو لم يفت، وإن كان شيئاً له بال مثل الدور والأرضين وما أشبه ذلك رد إذا لم يفت، وأحب قوله إلى أن يمضي البيع إذا أصاب وجهه وكان =

قوله: «وإذا اختلف المتراهنان في غير الرهن فالقول قول المرتهن»:
يتعلق به الكلام في اختلاف المتراهنين، ويتصور الاختلاف في مسائل:

الأولى: التداعي في أصل الرهن والقول قول الراهن إذ الأصل عدمه، قال أشياخنا، ولو ادعى المرتهن أن مال العبد أو ثمرة النخل رهن، وأنكره الراهن فالقول قوله، إذ الأصل عدمه.

المسألة الثانية: الاختلاف في عين الراهن مثل أن يقول أحدهما: رهنتني هذا الثوب (بعينه)[1] ويقول الآخر: هذا الفرس، فالقول في هذه الصورة قول المرتهن، لأنه مدعى عليه.

المسألة الثالثة: اختلافهما في قدر الحق، فالرهن شاهد للمرتهن فيما يدعيه إلى قيمته، فإن قال المرتهن هو في عشرة، وقال الراهن في خمسة، فإن كانت قيمة الرهن عشرة فالقول قول المرتهن مع يمينه وهو أحق به لحوزه له، فإن كانت قيمة الرهن خمسة فالقول قول المرتهن على المشهور[2]. وفي العتبية: إذا كانت قيمة الرهن خمسة فالقول قول المرتهن لأنه يقول: رضيت أن آخذه في عشرة، فإن كرهت أنْ تفديه فدعه[3]، وهذا بناء على أنه شاهد على نفسه لا على الذمة، فإن كانت قيمته سبعاً حلفاً جميعاً، وكان رهناً في (قدر)[4] قيمته.

واختلفت الرواية في فروع من هذا النمط.

الأول: إذا بنينا على أن الرهن شهد مع بقاء عينه، فهل يشهد على نفسه أو على الذمة فيه قولان عندنا، أحدهما أنه شاهد على (الذمة)[5] فيحلف المرتهن، ويأخذ من المطلوب العشرة التي حلف عليها، وشهد بها في الرهن، فإن أبى الراهن أخذ الرهن أجبر عليه، والثاني أن الرهن شاهد على نفسه،

= تافهاً... لأن صاحبه قد ضمن، وباع المرتهن ما أذن له فيه فأرى البيع له جائز إذا أصاب وجه البيع فات أو لم يفت.

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) المعونة 2/ 1159؛ بداية المجتهد 2/ 449؛ القوانين الفقهية ص213.
(3) البيان والتحصيل 11/ 5 ـ 6.
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) في نسخة: «خق»: (نفسه).

فيحبسه المرتهن فيما حلف عليه، ولا يتعلق ذلك بذمة الراهن ولا يجبر على أخذه إلا أن يشاء أن يفديه، فله ذلك مراعاة لأصل ملكه.

الفرع الثاني: إذا جعلناه شاهداً على نفسه، وحلف المرتهن هل له أن يحلف الراهن أم لا؟ قولان عندنا، أحدهما: أن المرتهن يحلف أنه في عشرة، فإذا حلف المرتهن استحلف الراهن أنه لم يرهنه في عشرة، ثم يسلم الرهن للمرتهن، وإذا استحلفنا الراهن، قال الشيخ **أبو الحسن اللخمي**: له يمين الاستحقاق، وليس على المرتهن كبير مؤنة في بيعه، فكان أولى أن يحكم على الراهن باليمين، وحمله على ذلك (كاذباً) على مقتضى دعوى المرتهن. حكى القولين **أبو الحسن اللخمي** وغيره[1].

الفرع الثالث: إذا كان الرهن على يد عدل هل يكون القول قول المرتهن إذا ادعى مثل قيمته كما لو كان في يد المرتهن، أو يكون القول قول الراهن فيه قولان: قال **محمد بن المواز** القول قول المرتهن وإن كان على يد عدل، لأنه إنما أخذه توثقاً فلا فرق. وقال **القاضي أبو محمد عبد الوهاب**: إذا كان على يد عدل فالقول قول الراهن إذ ليس بحائز له، وإنما رجح قوله إذا كان (في)[2] يده اعتباراً (بحق)[3] الحوز[4].

الفرع الرابع: إذا ادعى المرتهن أنه في عشرة، وادعى الراهن أنه في خمسة، وكانت قيمته سبعة، فقد قدمنا أنهما يتحالفان معاً لاختلاف الروايات، وهل يحلف المرتهن على عشرة التي هي دعواه، أو على قيمة الرهن المشهور أنه يحلف على أنه رهن في عشرة، ويأخذه إلا أن يفكه ربه بها، إذ هو شاهد على نفسه، لا على الذمة (وقال محمد له أن يحلف على مقدار قيمة الرهن لا غير[5]، وهذا يحقق أن الرهن شاهد على نفسه لا على الذمة)[6].

---

(1) التبصرة 4/ 45/ ظ.
(2) في نسخة: «خق»: (تحت).
(3) في نسخة: «خق»: (بحكم).
(4) التبصرة 3/ 42/ ظ.
(5) النوادر 10/ 237.
(6) ساقطة في نسخة: «خق».

الفرع الخامس: إذا حلف المرتهن أنه في عشرة، وكانت قيمة الرهن سبعة فأراد الراهن أن يأخذ الرهن ويدفع المرتهن السبعة. قال **ابن نافع**: ذلك له ولا حجة للمرتهن، والمشهور أنه للمرتهن، وليس للراهن أخذه إلا أن يفكه بالعشرة التي حلف المرتهن على صحتها[1].

قوله: «**فإن كان في يد المرتهن حلف على ما ادعاه**»: يعني على العشرة في الصورة التي ذكرناها وكان القول قوله في قدر الرهن [27/ظ] يريد إذا كانت قيمة الرهن عشرة، فإن كانت قيمته سبعة حلف الراهن على نفي ما زاد، وفرق القاضي بين أن يكون الرهن تحت يده، أو تحت يد عدل، وقد ذكرنا علة الفرق. ثم تكلم القاضي على ما إذا تلف الرهن وصفته مع فوات عينه تتنزل منزلة عينه فإن اتفقا على صفة قومت، وإن اختلفا (فالقول قول المرتهن لأنه الغارم، وهذا إذا اختلفا في قيمته، وإن اختلفا)[2] في مقدار الحق شهدت الصفة بذلك على حكم شهادة العين.

فرع: اختلف المذهب متى تعتبر القيمة فقيل يوم القبض، وقيل يوم الحكم[3].

قوله: «**ومن رهن عبداً، ثم أعتقه نفذ عتقه إن كان موسراً**»: واختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال: قال **الشافعي**[4]: لا ينفذ عتقه أصلاً، موسراً كان، أو معسراً تغليباً لحق المرتهن على الرهن، وقال **أبو حنيفة**[5]: ينفذ عتقه موسراً، كان أو معسراً تغليباً لحق الله على حق الآدميين وقال مالك ينفذ عتقه إن كان موسراً، ويعجل للمرتهن دينه، وإن كان معسراً رد عتقه. وإذا بنينا على المذهب، وأمضينا العتق مع اليسر فالواجب أن يعجل للمرتهن دينه، فإن أتى الراهن برهن آخر بدل العبد، فقال **ابن القاسم**: ليس له

---

(1) النوادر 10/ 230.
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) النوادر 10/ 230.
(4) روضة الطالبين 4/ 75 ـ 76؛ المجموع 13/ 236؛ مغني المحتاج 2/ 130.
(5) مختصر الطحاوي ص93؛ مختصر القدوري 2/ 58 ـ 59؛ الهداية 4/ 487، وبه قال الحنابلة. ينظر: المغني 4/ 319؛ الإنصاف 1/ 171.

ذلك، ويحكم له على الراهن بتعجيل الدين، وأجازه الشيخ **أبو بكر الأبهري** لحصول المقصود من الرهن بعوضه، وإن كان الراهن معسراً لم ينفذ عتقه، وبقى رهناً بيده إلى الأجل، فإن استمر الإعسار رد عتقه وإلا نفذ[1].

قوله: «ومن رهن أمة لم يجز له وَطْؤُهَا»: وهذا كما ذكره، لأن في وطئها إعادتها إلى قبضه، وتعريضها لأن تكون أم ولد، فإن أذن له المرتهن في وطئها بطل الرهن، لأن إذنه في الوطء مبطل للحوز المستدام المشترط في صحة الرهن، فإن وطئها بغير إذنه إما أن تحمل أم لا، فإن لم تحمل فهي رهن بحالها، وإن حملت وكان معسراً بيعت عليه، وقضى الحق من ثمنها، وإن كان معسراً كانت أم ولد، وعجل للمرتهن حقه اعتباراً بالعتق، فإن أوجبنا بيعها مع العسر فكانت قيمتها أكثر من الدين بيع منها بقدر الحق، وكان ما بقى بحساب أم الولد، لأن الزيادة لا حق للمرتهن فيها، ولا سبيل إلى بيع الولد، إذ هو حر على كل تقدير، قال **أشهب** إن وجد من يبتاع منها بقدر الدين فعلت، وأعتق ما بقى، وإن لم يجد استوفى بالدين إلى الأجل، فإن وجد أيضاً ذلك، وإلا بيعت كلها، وقضى الدين، وكان ما بقي لربها يصنع به ما شاء فإن وطئها المرتهن فلا يخلو أن يكون وطؤه لها بإحلال الراهن وإذنه أم لا، فإن كان بغير إذنه فهو زان، وعليه الحد، وإن كان بإذنه[2]، فنص **القاضي أبو محمد** على سقوط الحد للشبهة وتلزمه قيمتها للراهن لتكمل الشبهة في درء الحد عنه، فإن حملت كانت له أم ولد، ولا شيء على المرتهن من قيمة الولد، لأن السيد حين أباح له الوطء رضى بحرية الولد، لأنه مقتضى ما دخل عليه الواطئ[3].

---

(1) المعونة 2/ 1166. وفيها: يجوز إلى أجل الدين قاله شيخنا أبو بكر، ويشبه أن يكون برضاه، وقال ابن القاسم: ليس له ذلك وهو الصحيح لأنه ليس له أن يتلف حقه من الوثيقة إلا بأداء الدين، لأن ذلك إن جوز له جاز أن يبذل الرهن بغير رضاه وذلك غير جائز، فأما إن كان الراهن معسراً فإن العتق لا ينفذ ويبقى رهناً، فإن أفاد مَالاً قبل الأجل نفذ العتق، وعجل حق المرتهن.

(2) قال الدردير: وحد مرتهن من وطئ أمة مرهونة عنده بلا إذن من راهنها له في الوطء إذ لا شبهة له فيها، وإن أذن له في وطئها فلا يجد نظراً لقول عطاء بجواز إعارة الفروج فهو شبهة تدرأ الحد. ينظر: الشرح الصغير 3/ 218.

(3) المدونة 2/ 1167.

قوله: «وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فللمرتهن إجازته وفسخه»: وهذا فيه تفصيل وتحصيل القول فيه أنه لا يخلو أن يتعدى الراهن في بيعه قبل حوز المرتهن أو بعده، فإن باعه قبل الحوز ففيه قولان: المشهور أن البيع ماض، والمرتهن مفرط. والثاني: أن المرتهن مخير بين إمضاء البيع، أو رده لتعلق حقه بالرهن إلا أن يتبين تفريطه، وأما إذا قبض المرتهن الرهن فتعدى الراهن فباعه فالمرتهن بالخيار بين فسخ البيع وإمضائه، لأن المرتهن قد قبض الرهن، وحازه وهذا هو المشهور. والشاذ أن البيع ماض، ويوقف الثمن إلى محل الأجل[1]. قال **ابن القاسم**: ليس عليه أن يعطيه رهناً غيره، لأنه مفرط حين تركه يبيعه، وفي كتاب محمد: يمضي البيع والثمن للراهن ولا يتعجل للمرتهن حقه، ولا يوضع له رهن في مكانه، ولا ينقض ما بينهما من بيع، أو سلف، وقد قيل يجبر على رهن آخر مكانه قاله **ابن الماجشون**[2] فإن لم يجد له رهناً فللمرتهن رد سلعته، وله أن يمضيها بالثمن إلى الأجل من غير رهن، فإن باعه (بأمر)[3] المرتهن ومضى البيع، فإن أراد تعجيل الحق، وزعم أنه إنما أجاز البيع ليتعجل الحق فالقول قوله مع يمينه كما ذكره القاضي[4]. والله الموفق.

---

(1) التبصرة 3/ 44/ و.

(2) التبصرة 3/ 43/ ظ.

(3) في نسخة: «خق»: (بإذن).

(4) قال القاضي عبد الوهاب: وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن، فللمرتهن إجارته وفسخه فإن أجازه بطل حقه في الرهن. فإن زعم أن إجازته ليتعجل حقه من الرهن حلف على ذلك وكان له ذلك. ينظر: التلقين ص124.

كتاب الحجر[1] والتفليس[2] وما يتصل به

قال القاضي رحمه الله تعالى: «**المستحق عليهم الحجر ضربان**»: إلى آخره.

شرح: الحجر: منع المالك من التصرف في ملكه لمعنى ما. والأصل فيه الكتاب، والسنة، والإجماع. أما الكتاب فقوله سبحانه: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ﴾ الآية [النساء: 5]، وأما السنة فما ثبت في الصحيح **أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ بن جبل، وقال لغرمائه خذوا ما وجدتم، وليس لكم غيره)** قال الزهري: **أدان معاذ ديناً فباع رسول الله ﷺ [ماله]**[3] **حتى قضى دينه)**، وقال: **(ليس لكم إلا ذلك)**[4]، وأجمع العلماء على أن جنس الحجر مشروع، أما على الأيتام الذين لم يبلغوا الحكم فبالاتفاق، لأنه نص القرآن، وإذا اختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار السفهاء [28/و] فالجمهور على أن للقاضي أن (يستأنف)[5] الحجر عليهم[6]

---

(1) الحجر في اللغة: الحبس، والمنع والتحريم، والإحاطة على الشيء، وفي الاصطلاح: صفة حكمية توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بماله عن ثلث ماله. ينظر: معجم مقاييس اللغة 2/ 138؛ حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع 2/ 417.

(2) التفليس لغة: الإعدام، يقال أفلس الرجل إذا صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم، وفي الاصطلاح فهو بمعناه الأخص: حكم الحاكم بخلع كل ما لمدين لغرمائه لعجزه عن قضاء ما لزمه وهو بمعناه الأعم: قيام ذي دين على مدين ليس له ما يفي به. ينظر: المصباح المنير 2/ 481؛ غرر المقالة ص249؛ حدود ابن عرفة 2/ 417.

(3) ساقطة في النسختين: وما أثبته من المعونة 2/ 1181.

(4) حديث: (**أدان معاذ دينا...**): الدراري المضية 1/ 404.

(5) في نسخة: «خق»: (يستأذن في).

(6) خلافاً لأبي حنيفة. ينظر: مختصر الطحاوي ص97؛ مختصر القدوري مع شرح الميداني 2/ 68.

اعتماداً على فعله ﷺ حين حجر على معاذ، وعلى أنه إجماع الصحابة[1]، حين وقعت قضية **عبد الله بن جعفر**[2] مع أن الآية التي ذكرناها أصل في هذا الباب، تقتضي أن سبب الحجر السفه، فحيث وجد علق الحكم (عليه)[3]، وللخصم أن يقول السفه جزء العلة، ومجموع العلة الصغر والسفه معاً بناء على جواز التعليل بالعلة المركبة، وتعليل الحكم الواحد بعلتين وهو الأصح من أقوال الأصوليين[4]، وقال طائفة من العلماء لا يبدأ الحجر على الكبار، و(الدليل)[5] لهم حديث **حسان بن سعد** وفيه **أنه ذكر لرسول الله ﷺ أنه يخدع في البيوع فجعل له رسول الله ﷺ الخيار ثلاثاً ولم يحجر عليه**[6].

وقسم القاضي المحجور عليهم على قسمين، وقال علماؤنا: أسباب الحجر سبعة[7]، الصبا، والجنون، والتبذير، والرق، والفلس، والمرض، والنكاح في حق الزوجة. وسنذكر ذلك مفصلاً، ثم قسم المحجور عليهم لحق أنفسهم أقساماً، وبين ذلك رضي الله عنه أحسن تبيين.

قوله: «ولا تراعى عدالته في دينه أو فسقه»: وهذا لأن المقصود من الرشد ضبط المال وإصلاحه وتنميته، ونبه على خلاف **الشافعي** حين راعى العدالة في الرشد، وأوجب الحجر على الفاسق المصلح لماله[8].

---

(1) تفسير الإجماع بغيره قال عثمان وعلي والزبير وابنه وعائشة. ينظر: عيون المجالس 4/ 1638 - 1639.

(2) عبد الله بن جعفر بن أبي طالب الهاشمي أحد الأجواد، ولد بأرض الحبشة، وله صحبة مات سنة ثمانين وهو ابن ثمانين. ينظر: تقريب التهذيب ص298.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) المحصول في علم أصول الفقه 5/ 367؛ الموافقات 2/ 313؛ التمهيد للأسنوي ص481.

(5) في نسخة: «ش»: (والأصل).

(6) سبق تخريجه.

(7) بداية المجتهد 2/ 454؛ القوانين الفقهية ص211.

(8) الأم 3/ 215؛ مختصر المزني ص105؛ الإقناع ص104؛ روضة الطالبين 4/ 180؛ مغني المحتاج 2/ 168؛ وبه قال ابن الماجشون. ينظر: القوانين الفقهية ص211.

قال **مالك**: وإذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء[1]، وهذا يدل على أنه لا بالبلوغ محمول على الرشد، وقال الشيخ **أبو محمد بن أبي زيد** يذهب بنفسه لا بماله.

قوله: «وأما (في)[2] الصغيرة فيراعى مع البلوغ وإصلاح المال أن تتزوج، ويدخل بها زوجها»: ويؤنس رشدها، إذ لا يتصور إيناس الرشد من المرأة إلا (بعد اختبارها غالباً)[3]، وفي المذهب في ذلك روايات[4]:

الأولى: إنها بالبلوغ وإيناس الرشد محمولة على الرشد من غير اشتراط التزويج كالذكران، وهي رواية عن **مالك**[5]، وبه قال **الشافعي**[6] **وأبو حنيفة**[7].

والرواية الثانية: أن المعتبر الدخول وإيناس الرشد من غير تحديد بمدة مقدرة.

والثالثة: أنها لا يحكم لها بالرشد إلا بعد سنة.

والرواية الرابعة: اعتبار سنتين بعد الدخول.

والرواية الخامسة: أنها لا يحكم لها بالرشد إلا أن تمر بها بعد الدخول خمس سنين.

والرواية السادسة: أنه لا يحكم لها به إلا بعد سبع سنين التي هي أقصى (أمد)[8] الحمل، وهذا لا وجه له، وهذه كلها استحسانات ليس عليها من الشرع دليل.

---

(1) المدونة 4/ 157؛ التبصرة 3/ 27/ ظ.

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) في نسخة: «خق»: (بعد الدخول لاختبارها الرجال غالباً).

(4) بداية المجتهد 2/ 455.

(5) بداية المجتهد 2/ 455.

(6) مختصر المزني ص105؛ روضة الطالبين 4/ 182؛ مغني المحتاج 2/ 166؛ وهو مذهب الحنابلة. ينظر: المغني 4/ 517؛ الإنصاف 5/ 322.

(7) مختصر الطحاوي ص97؛ مختصر القدوري 2/ 71؛ الهداية 3/ 315.

(8) ساقطة في نسخة: «خق».

واختلف المذهب في فروع:

الأول: أفعال المهمل، وعندنا في ذلك روايتان، فروى **ابن القاسم** أن أفعاله كلها على الرد وروى **ابن كنانة، وابن نافع** أن أفعاله كلها ماضية، وزاد المتأخرون قولين[1]: أحدهما أنه إن كان ظاهر السفه ردت أفعاله، (وإن كان خفي السفه مضت أفعاله)[2]، القول الآخر: أنه إن كان (سفهه)[3] حاصلاً قبل البلوغ، ثم استمر ولم يأت عليه حال رشد فأفعاله مردودة، لأنه لم يزل في ولاء، يبيع ما يساوي ألفا بمائة.

(**الفرع الثاني**: المحجور عليه إذا رشد ولم يفك الحجر عنه هل تمضي أفعاله أو ترد فيه قولان حكاهما **الإمام أبو عبد الله**)[4]، ثم ذكر علامات البلوغ، والاختلاف فيها إلا في الإنبات خاصة، وفي تقدير السنين، أما الإنبات فهو من علامات البلوغ عندنا[5]، ولم يعتبره **أبو حنيفة**[6]، واختلف فيه قول **الشافعي**[7]، والدليل على أنه بلوغ، أو دلالة على البلوغ، قوله ﷺ: **(الجزية على من جرت عليه المواسى)**[8] وقال في بعض غزواته: **(اقتلوا من جرت عليه المواسي)**[9] وحكم ﷺ سعداً في بني قريظة، **فحكم بقتل مقاتلهم، وسبي ذراريهم، فكنا نكشف عن مآزرهم فمن أنبت منهم قتلناه،**

---

(1) مواهب الجليل 5/ 68.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) ساقطة في نسخة: «ش».

(5) الكافي ص209؛ المعونة 2/ 1174؛ الإشراف 2/ 14.

(6) مختصر القدوري 2/ 71.

(7) اختلف قول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في الإنبات في المسلمين فقال هو فيهم بلوغ، وقال: ليس ببلوغ والأظهر عندهم أنه ليس ببلوغ، ولكنه دليل عليه، ولم يختلف قوله في أنه بلوغ محكوم به في المشركين. ينظر: مختصر المزني ص105؛ المهذب 1/ 330 ـ 331؛ روضة الطالبين 4/ 178؛ مغني المحتاج 2/ 167.

(8) حديث الجزية على من جرت عليه المواسي: سنن البيهقي الكبرى 9/ 195؛ وفيه: أن عمر بن الخطاب كتب إلى عماله أن لا يضربوا الجزية على النساء والصبيان ولا يضربوها إلا على من جرت عليه المواسي.

(9) ساقطة في نسخة: «خق».

ومن لم ينبت جعلناه في الذراري، فقال ﷺ: (حكمت فيهم بحكم الله)[1] وذكر أهل الآثار أن **عثمان بن عفان** أتي بغلام قد سرق فقال إن كان اخضر مئزره فاقطعوه[2]، واختلف في سن البلوغ فعن **ابن وهب** أن أقل ذلك خمسة عشرة سنة[3]، وقيل ثمانية عشر[4]، وقيل ما بينهما[5]، وحديث **ابن عمر حين (أغزاه)**[6] **النبي ﷺ وهو ابن خمسة عشر سنة. ورد ابن أربع عشر سنة**[7]، دليل على صحة ما ذهب إليه **ابن وهب** على أن حديث **ابن عمر** فيه اختلاف بين (الرواة)[8].

واختلف المذهب في أفعال البكر المعنسة، فروى **ابن الحكم ومطرف** عن **مالك** أنها إذا عنست جاز صنيعها في مالها، وإن كان لها أب أو وصي، وقال **ابن القاسم**: لا يجوز لها بيع، ولا عتق، ولا عطية، ولا كفالة، وإن أجازه الولد لم ينبغ للسلطان أن يجيزه، وعن **ابن وهب** وغيره أن بيعها جائز، وهبتها وصدقتها لا تجوز[9].

قوله: «ولا يحجر عليه إلا الحاكم»: يعني الكبير السفيه[10]، ونبه على خلاف **محمد بن الحسن**[11]، حيث قال يحجر عليه الأب من غير حاكم وهو

---

(1) حديث: **(حكمت فيهم بحكم الله)**: صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب مرجع النبي ﷺ من الأحراب، حديث (3895) 4/ 1511؛ صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسبي، باب جواز قتال من نقض العهد، حديث (1768) 3/ 1388.

(2) مصنف ابن أبي شيبة، حديث (28153) 5/ 480.

(3) المعونة 2/ 1175؛ وبه قال الشافعي. ينظر: الأم 3/ 215؛ روضة الطالبين 4/ 178.

(4) الإشراف 2/ 14.

(5) الكافي ص209؛ عيون المجالس 4/ 1642.

(6) في نسخة: «خق»: (أغزاه).

(7) حديث ابن عمر: صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب بلوغ الصبيان وشهادتهم، حديث (2521) 2/ 948؛ صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب البيعة على السمع والطاعة فيما استطاع، حديث (1868) 3/ 1490.

(8) في نسخة: «ش»: (الروايات).

(9) الجواهر الثمينة 2/ 626.

(10) الكافي ص423.

(11) مختصر الطحاوي ص98؛ مختصر القدوري مع شرح الميداني 2/ 69؛ أما أبو حنيفة =

ضعيف وكل مختلف فيه فيفتقر إلى اجتهاد الحاكم بترجيح أحد القولين على الآخر.

قوله: «ولا ينفك (حجره إلا بحاكم)»[1]: في هذه اللفظة روايتان أحدها ولا ينفك حجره فيتقيد ذلك بالكبير السفيه. والرواية الثانية: ولا ينفك الحجر، وهذا إطلاق في كل حجر، والرواية الأولى أجرى على المشهور من المذهب، لأن للأب أو الوصي أن يفك الحجر من غير إذن حاكم، أما الأب فلا أعلم فيه خلافاً عندنا، وأما الوصي، فاختلفت فيه الروايات عن المذهب والمشهور أن الوصي [28/ظ] من قبل الأب كالأب، فله أن يفك الحجر إذا علم رشده من غير افتقار إلى حكم حاكم، وقيل لا ينفك عنه الحجر إلا أن يعلم غيره رشده من غير حكم، وعندنا رواية ثالثة أنه لا بد من أن يثبت رشده ويتقرر عند الحاكم ثبوته.

قوله: «وأما المحجور عليهم لحقوق غيرهم فأربعة»: وبدأ بالزوجات وهنّ قسم مختلف فيه، والمذهب كله متفق على الحجر عليهن فيما زاد على الثلث إلا في المعاوضات والمصالح. وقال **الشافعي وأبو حنيفة** لا حق لزوجها في مالها، ولا حجر عليها[2]، والدليل لنا قوله ﷺ: **(تنكح المرأة لدينها، ومالها، ولجمالها)**[3] وذلك يدل على أن للزوج حقاً في مالها، هكذا استدل به **القاضي أبو محمد** وغيره[4]، وفيه نظر، وقال ﷺ: **(لا يجوز لامرأة**

= فلا يرى الحجر على البالغ. ينظر: الهداية 3/ 315.

(1) في نسخة: «غ»: (عنه إلا بحكم حاكم) وفي نسخة: «ق»: (حجر إلا بحكم حاكم) وفي نسخة: «ش»: (الحجر إلا بحاكم) وما أثبته من نسخة: «خق»، إذ هو الذي رجحه الشارح.

(2) وبه قال جمهور العلماء. ينظر: مختصر الطحاوي ص79؛ الهداية 3/ 316؛ مغني المحتاج 2/ 170؛ تكملة المجموع 13/ 372؛ المغني 4/ 518؛ الإنصاف 5/ 342.

(3) سبق تخريجه.

(4) المعونة 2/ 1179. وفيها: لقوله ﷺ تنكح المرأة لدينها ومالها وجمالها... وذلك يفيد أن للزوج حقاً في تبقية مالها بيدها، ولأن عادة جارية بأن الزوج يتجمل بمال زوجته، وله فيه معونة وتبقية، ويبين ذلك أن مهر المثل يقل ويكثر بحسب مالها وكثرته، كما يقل ويكثر بحسب بروزها في الجمال....

أن تقضي في ذي بال إلا بإذن زوجها)[1] رواه **ابن الماجشون** بإسناده إلى النبي ﷺ وقال ﷺ: **(لا يحل لامرأة ملك زوجها عصمتها عطية في مالها إلا بإذنه)**[2] فإن صح مقتضاه الحجر عليها في جميع مالها، وهو خلاف المذهب أن تصرفها بالعطية والائتلاف جائز في الثلث فما دونه، ولعله قياس على المريض فإن تصرفت في أكثر من الثلث فهل يحمل ذلك على الجواز حتى يسترده الزوج، وهو قول **ابن القاسم**، أو على الرد حتى يجيزه وهو قول **مطرف وابن الماجشون**، ثم إذا اختار الرد فقال **مالك**: يرد جميعه لأنه ضرر، وقال **المغيرة**: يجوز منه مقدار الثلث (اعتباراً بالمريض، وقيل يجوز منه مقدار الثلث)[3] إلا في العتق خاصة، إذ لا يتصور فيه التبعيض فيرد جميعه حكاه **الشيخ أبو الحسن اللخمي** وغيره[4]، وأما المريض (والعبيد والمفلسون)[5] فلا خلاف في الحجر عليهم، وألحق الحامل والزاحف في القتال والمقرب للقتل بالمريض، للاشتراك في العلة غالباً.

قوله: «ومن استدان من المحجور (عليهم)[6] ديناً (بغير إذن وليه)[7]، ثم فك حجره لم يلزمه ذلك فيمن حجر عليه لحق نفسه كالسفيه والصغير»:
وهذا كما ذكره، إذ لو لزمهم لم يكن للحجر عليهم فائدة بخلاف من حجر عليه لحق غيره لذهاب العلة، فإن فسخ السيد عن عبده الدين قبل عتقه بطل، ويكفي في ذلك الإشهاد من غير حاجة إلى حكم حاكم، وهذا في غير المأذون له، وأما المأذون فلا تفك عنه الديون، لأنها مقتضى الإذن له في التجارة.

---

(1) لم أهتد إلى تخريج هذا الحديث.

(2) حديث: **(لا يحل لامرأة ملك زوجها عصمتها عطية في مالها إلا بإذنه)**: سنن أبي داود، كتاب البيع، باب في عطية المرأة بغير إذن زوجها، حديث (3546) 3/ 293؛ سنن ابن ماجه، كتاب الهبات، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، حديث (2295) 2/ 770.

(3) ساقطة في نسخة: «ش».

(4) الجواهر الثمينة 2/ 633.

(5) في نسخة: «خق»: (والعبد والمفلس).

(6) في نسختي: «غ» و«ق»: (عليه).

(7) ساقطة في نسخة: «ش».

قوله: «ولولي المحجور عليه لسفه أو لصغر أن (يأذن)[1] له في التجارة»: وهذا كما ذكره أن اختبار الولي لمحجوره مأذون فيه بمقتضى قوله سبحانه: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ﴾ الآية [النساء: 6]، ومخرج الخطاب على الغالب، وما استدان من دين فمتعلق بمال الاختبار (لا بذمته)[2] لبقاء الحجر عليه، وقدر مال الاختبار تابع القدر مال اليتيم (وولي اليتيم)[3] مصدق فيما يدعيه من النفقة على محاجيره الذين في حجره، وتحت حضانته فإن كان الأيتام عند الأم، أو الحاضنة لزمه إقامة البينة على ما يدعي دفعه من النفقة. ثم ذكر أن النفقة على الأيتام تابعة لأموالهم وأحوالهم، وتلزمهم نفقة أمهاتهم وآبائهم مع يسرهم، وعسر آبائهم، ويجوز تأديب الوصي ليتيمه وضربه وخلط نفقته، بنفقته على وجه النظر والمصلحة، وكذلك التجارة في ماله لقوله سبحانه ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾ [البقرة: 220] ويأكل الوصي من مال اليتيم بالمعروف إذا كان محتاجاً إلى ذلك بقدر أجر له إذا كان ينظر في مصلحته ويقوم بأشغاله ومنع من ذلك أبو حنيفة[4] والدليل لنا قوله تعالى:)[5] ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 6] وبه أفتى **ابن عباس** وغيره. ولا يقبل قول الوصي في رد المال إلى اليتيم بعد الرشد إلا بالإشهاد» لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ﴾ الآية [النساء: 6]، وقال **أبو حنيفة**: القول قوله مع يمينه لأنه أمين[6]، والصحيح ما ذهب إليه الجمهور لأنه مقتضى النص.

فصل

قال القاضي رحمه الله: **«وأما المفلس فإذا طلب غرماؤه أو بعضهم الحجر عليه (فللحاكم)[7] أن يحجر عليه ويمنعه التصرف في ماله»**: وهذا كما

(1) في نسخة: «ش»: (يأخذ).
(2) في نسخة: «خق»: (لا بد منه).
(3) في نسخة: «ش»: (قوله والوصي).
(4) مختصر القدوري مع شرح الميداني 2/ 224 ـ 225؛ حاشية ابن عابدين 5/ 696.
(5) ساقطة في نسخة: «ش».
(6) المبسوط للسرخسي 20/ 178 ـ 179.
(7) في نسختي: «ق» و«ز» وطبعة الوقاف، ونسخة: «خق»: (فإن الحاكم).

ذكره، وقد ذكرنا أن الأصل في ذلك أن النبي ﷺ حجر على معاذ بن جبل، وإنما يجوز الحاكم الحجر على المديان بالديون الحالة الزائدة على قدر ماله، لا بالديون المؤجلة، وإذا أفلس (الغريم)[1] نفسه، ومكن غرماءه من ماله، فقسموه من غير حكم، فهو كحكم الحاكم بتفليسه، وهذا حكم الحاضر، وأما الغائب فلا يخلو أن يكون قريب الغيبة مثل الأيام فليكتب الإمام في الكشف عن أمره حتى يعلم ملؤه من عدمه، وإن كان بعيد الغيبة وعرف ملؤه فهل يفلس أم لا؟ قولان قال **ابن القاسم**: لا يفلس اعتباراً بما علم من ملئه وقال **أشهب**: يفلس وتحل ديونه أخذاً بالاحتياط[2].

قوله: «ويمنعه[3] التصرف في ماله» قلت: للحجر أربعة أحكام: منع التصرف في المال بالتفويت، والثاني: حلول دينه، وبيع ماله وقسمته على الغرماء، والثالث: حبسه إلى ثبوت (إعساره)[4]، والرابع: الرجوع إلى (عين)[5] المال.

(**أما الأول**: منع التصرف)[6] في المال، ولا خلاف أن الحجر يمنع التصرف في المال بالإتلاف، فلا يجوز عتقه ولا هبته ولا بيعه بالمحاباة، لأن ذلك إتلاف لمال الغرماء، والحاكم بتحجيره عليه قد منعه من ذلك فأما بيعه بالقيمة فموقوف على إجازة الغرماء.

واختلف المذهب في عتقه أم ولده هل يمضي، إذ ليس له من رقبتها إلا الوطء أم لا (إجراء لها مجرى)[7] الرقيق في انتفاعه بها، فأمضاه **ابن القاسم** في الكتاب وفي كتاب **ابن سحنون**، وقيل: مردود قاله **المغيرة**: وإذا قلنا بمضي العتق على قول **ابن القاسم**: فهل يتبعها [29/و] أم لا؟ ففي كتاب

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) النوادر 10/ 14.
(3) في نسخة: «ش»: زيادة (من).
(4) في نسخة: «ش»: (عسره).
(5) في نسخة: «خق»: (غير).
(6) في نسخة: «خق»: (الأول التصرف).
(7) في نسخة: «خق»: (أجراها مجرى).

محمد يتبعها مالها، وقال **ابن القاسم**: لا يتبعها إلا أن يكون يسيراً[1]، وأما ما لا يتعلق بماله وتصرفاته كالطلاق، والخلع، واللعان، واستلحاق النسب وغير ذلك فلا خلاف أنه ماض عليه.

واختلف المذهب في فرعين:

الأول: إذا أقر بعد الحكم بتفليسه بدين عليه هل يقل إقراره أم لا؟ ثلاثة أقوال المشهور أنه لا يجوز إقراره بدين مطلقاً لقريب و(لا)[2] بعيد.

الثاني: إقراره ماض إن كانت ديونه ثابتة بإقراره للتساوي، وإن كانت (بغير)[3] بينة فلا يجوز إقراره إلا أن يقيم المقر لهم بينة لما في ذلك من إدخال النقص عليهم في المحاصة بقوله.

والثالث: جوازه إذا علم أن رب الدين كان يتقاضاه.

الفرع الثاني: إذا أقر المفلس بقرض معين، أو وديعة بعينها، ففيه ثلاثة أقوال[4] أجاز **ابن القاسم** (إقراره)[5] بذلك، وأبطله **أصبغ** إلا ببينة على ذلك، والثالث جوازه)[6] إذا كان على أصل القراض والوديعة بينة، (وإن لم تقم على عينه)[7]، فإن لم تكن على أصله بينة فهو إقرار باطل وهذا حكم المديان بعد تفليسه، وتحجير الحاكم عليه، وأما قبل الحجر فيمنع من الإتلاف كما ذكرناه وأما معاوضته وما يلزمه بالشرع من النفقات والأضحية والصدقة اليسيرة فجائز، واختلف المذهب في جواز رهنه، وقضاء بعض غرمائه دون بعض،

---

(1) الجواهر الثمينة 2/ 609. قال ابن شاس: اختلف في عتقه أم ولده فأمضاه ابن القاسم في الكتاب، ورده المغيرة في كتاب ابن سحنون، وقال: ليس هو كطلاقه لزوجته بل هي كرقيقة في ارتفاقه بها، ثم إذا قلنا يمضي عتقها، فقال مالك في كتاب محمد: يَتْبَعُهَا مالها، وقال ابن القاسم: لا يتبعها إلا أن يكون يسيراً.

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) ساقطة في نسخة: «ش».

(4) في جملة هذه الأحكام ينظر: بداية المجتهد 2/ 463؛ القوانين الفقهية ص210.

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) في نسخة: «خق»: (الأعيان وأجازه غيره).

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

فعن **مالك** في ذلك روايتان[1].

فرع: وإذا أبطلنا إقراره بالدين (يتعلق)[2] بذمته إن أفاد مَالاً غير ما حجر عليه فيه، ويحلف المفلس على دين يقوم له به شاهد واحد، فإن نكل عن اليمين مع شاهده فلغرمائه من أحب منهم أن يحلف قاله ابن حبيب[3]، وكذلك إن نكل عن اليمين المردودة، وإن أراد سفراً فلمن بقى له عليه دين حال منعه من السفر.

قوله: «**وتحل الديون المؤجلة عليه بفلسه**» وهذا مذهب **مالك** ﵁ لخراب الذمة بالفلس والموت فتحل الديون في المحلين عندنا[4] قال **ابن شهاب**: مضت السنة أن الدين الذي عليه يحل بالموت[5]، وقال غيره: لأن الله سبحانه لم يبح التوارث إلا بعد قضاء الدين[6]، وقال **الحسن** وغيره[7]: لا تحل الديون بالموت، **وللشافعي** في حلول الديون المؤجلة بالفلس روايتان[8]، والصحيح ما ذهب إليه **مالك** لما ذكرناه، وأما ديون المفلس، أو الميت فباقية إلى آجالها (لاستمرار)[9] الذمم، وانتقال حق رب الدين إلى الورثة والغرماء، ثم ذكر أن حقوق الغرماء منها ما يتعلق بمال معين كبائع السلعة يجدها بعد التفليس على الشرائط التي نذكرها، ومنها ما يتعلق بالذمة، ويوجب المحاماة، وفي الصحيح عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: (**أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره**)[10] ورواه **الزهري** على مساق آخر عن

---

(1) القوانين الفقهية ص210.

(2) في نسخة: «ش»: (تعلق الدين).

(3) مواهب الجليل 5/ 40.

(4) التفريع 2/ 249؛ الكافي ص418؛ المعونة 2/ 1148؛ بداية المجتهد 2/ 464.

(5) النوادر 10/ 85.

(6) بداية المجتهد 2/ 464.

(7) المبسوط للسرخسي 20/ 28؛ بدائع الصنائع 6/ 3.

(8) الأم 3/ 212؛ مختصر المزني ص104؛ الإقناع ص105.

(9) في نسخة: «خق»: (لاستقرار).

(10) حديث: (**أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره**): صحيح البخاري، كتاب الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلس، حديث (2272) =

أبي بكر بن عبد الرحمٰن بن الحارث بن هاشم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: **أيما رجل غاب أو فلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو إسوة الغرماء**[1] ولتعارض هذه الأحاديث اختلف الفقهاء في ذلك فحمل الحديث الأول جماعة من الفقهاء على الوديعة والعارية وهذا ضعيف لما ثبت في الرواية الصحيحة من ذكر البيع[2]، وقد بينه **عبد الرزاق** في مصنفه مسنداً إلى النبي ﷺ وفيه: (**أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه، ولم يقبض الذي باعه (شيئاً فوجد بعينه فهو أحق به، وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع)**[3] إسوة الغرماء[4]. وفي طريق **الزهري**: فإن كان قبض من ثمنها شيئاً فهو إسوة الغرماء ذكره **أبو عبيد** في كتاب الفقه[5].

وتحصيل مذهب الفقهاء في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

قال قوم: صاحب السلعة أحق بها من الغرماء في الموت والفلس (وهو قول **الشافعي**[6] **وأحمد**[7] **وأبو ثور**.

وقال **أبو حنيفة**[8] والكوفيون هو إسوة الغرماء في الموت والفلس)[9].

وقال **مالك**: هوأحق بها في الفلس دون الموت[10] على شروط

= 2/ 846؛ صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري، حديث (1559) 3/ 1193.

(1) حديث: (**أيما رجل غاب أو أفلس...**): موطأ مالك، كتاب البيوع، باب ما جاء في إفلاس الغريم، حديث (1357) 2/ 678.

(2) شرح الزرقاني على الموطأ 3/ 419.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) مصنف عبد الرزاق، حديث (15158) 8/ 264؛ ونصه: أيما رجل باع رجلاً متاعاً فأفلس المبتاع، ولم يقبض الذي باعه من الثمن شيئاً، فإن وجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها، وإن مات المشتري فهو فيها إسوة الغرماء.

(5) بداية المجتهد 2/ 464.

(6) الأم 3/ 199؛ مختصر المزني ص102؛ الإقناع ص105.

(7) المبدع 4/ 314.

(8) مختصر الطحاوي ص95 ـ 96؛ مختصر القدوري 2/ 73 ـ 74.

(9) ساقطة في نسخة: «خق».

(10) الكافي ص417.

نذكرها، وذلك إذا تعذر الثمن من مال المفلس، وههنا فروع:

الأول: إذا أراد الغرماء أن يدفعوا لبائع السلعة ثمنها من أموالهم ويأخذوها لأنفسهم فلا يخلو أن يحطوا عن المفلس من دينهم أم لا؟ فإن التزموا دفع ثمنها من أموالهم والحطيطة عن المفلس من ديونهم فلا خلاف في المذهب أنهم يمكنون من ذلك، وقال **ابن كنانة**: ليس لهم دفع ثمنها من أموالهم بحال ولا معنى، وإلَّا أرادوا دفع ثمنها من أموالهم من غير حطيطة عن المفلس فهل يمكنون من ذلك أم لا؟ قولان عندنا، المشهور: أن ذلك لهم، وقال **أشهب**: ليس لهم ذلك إلا بعد الحطيطة[1]، ولو اتفق الغرماء على أن يدفعوا الثمن للبائع من مال المفلس، ويتمسكوا بالسلعة لجاز ذلك، ويكون نماء السلعة (ويقضى لهم عليه)[2].

الفرع الثاني: إذا قبض البائع الثمن، فقد اختلف الفقهاء فيه، فقال **داود، وإسحاق**، إن قبض من الثمن شيئاً فهو إسوة الغرماء اعتماداً على مساق حديث **عبد الرزاق**، وقال **مالك** هو بالخيار بين أن يرد ما قبض، ويختص بسلعته، أو يحاص بما بقى له من الثمن[3]، (ولو قبض بعض الثمن ووجد بعض السلعة فهو بالخيار بين أن يضرب ببقية الثمن)[4] أو يرد ما قبض، ويأخذ ما وجد، ويضرب بقية ثمن ما فات، وهذا ما لم يتغير المبيع بغير انتقال فذلك فوت فليس حينئذٍ [29/ظ] مع الفوت إلا المحاصة، والفوت كالحنطة يطحنها، أو يزرعها، أو يخلط جيدها مع رديئها، والكبش يذبحه، والثوب يصبغه، والخشبة يقطعها، والهزيل يسمنه، وقد قيل: إن طحن القمح لا يكون فوتاً في بابِ العيوب، ويتخرج ذلك ههنا.

واختلف عندنا في صبغ الثوب ودبغ الجلد هل هو فوت أم لا؟ واضطرب في ذلك قول **ابن وهب**، ونبه على أنه ليس بفوت[5]، وروى عن

(1) المقدمات 2/ 334؛ بداية المجتهد 2/ 468.
(2) في نسخة: «ش»: (ونقصانهم لهم، وعليهم).
(3) بداية المجتهد 2/ 466.
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) الشرح الكبير 3/ 284.

مالك أنه سئل عن قطع مثله، فوقف فيه وقال لا أدري[1]، فإن أضاف إليه (صناعة)[2] مثل الغزل ينسجه، أو عيناً مثل البناء في الأرض، فله الرجوع في عين سلعته، ويكون شريكاً للغرماء بقيمة ما زاد، وأما إذا خلط السلعة بجنسها المماثل لها كالزيت يخلط بمثله، والزبيب بجنسه ونحو ذلك، فله أخذ مكيلته، ويتنزل المثل منزلة العين ولو ولدت الأمة، أو الماشية فله أخذ الولد مع أمه لأنها كالعين الواحدة فولدها كعضو منها، وأما الثمرة والصوف على ظهور الغنم كالغلة إلا أن تكون الثمرة مأبورة يوم الشراء، أو الصوف كاملاً على ظهور الغنم فحينئذٍ يدفع مع أصله، ويرجع للبائع، لأنه عين شيئه.

فرع: إذا باع ثوباً أو ثوبين فوجد أحدهما قائماً وفات الآخر، فله أن يأخذ القائم، ويحاص الغرماء بقيمة الفائت من الثمن الأول، ولو ولدت الأمة فمات أحدهما فقد ذكرنا أن الولد مع أمه كالعين الواحدة فليس له أخذ الباقي بجميع الثمن، أو المحاصة، فإن بيع الولد، وبقيت الأمة أو عكسه ففيه اختلاف، تحصيله إن بيعت الأم، وبقي الولد فقولان أحدهما أنه يأخذ الباقي بحسابه من الثمن حكاه الشيخ أبو القاسم[3]. والثاني أنه يأخذ الباقي في جميع الثمن وهو قول **سحنون**، وكذلك إذا بيع الولد، وبقيت الأم فالمشهور أنه يأخذها بجميع الثمن وهو قول **ابن القاسم**[4]، وقيل: يأخذها بحصتها من الثمن، ويحاص الغرماء بما ينوب الولد من الثمن وهما كسلعتين في صفقة.

فرع: إذا ابتاع عبداً فجنى، ثم فلس المشتري قبل قبض البائع الثمن فله المحاصة مع الغرماء، فإن أراد البائع أن يفديه من الجناية، فذلك له ويأخذه حينئذٍ بنفسه بجميع الثمن، ولا يحاص بما فداه به، (لأن ذلك منه يتنوع، ولو وجده مرهوناً فأراد فداه وأخذه بالثمن، فله الرجوع إلى محاصة الغرماء بقدر

---

(1) التبصرة 3/ 33/ و، قال اللخمي: واختلف قول ابن وهب في صباغ الثوب، ودباغ الجلد، وثبت على أنه ليس بفوت، وإن قطع الجلود خفافاً أو نعالاً كان فوتاً، واختلف في قطع الثوب، فقال أصبغ في كتب ابن حبيب إذا قطع الثوب قميصاً فهو فوت، ووقف مالك فيه وقال لا أدري.

(2) في نسخة: «اخق»: (صنعة).

(3) التفريع لابن الجلاب 2/ 250.

(4) التبصرة 3/ 32/ ظ.

ما فداه به)[1]، والفرق بين أن يفديه من الرهن أو من الجناية ظاهر، لأن الرهن متعلق بذمة المشتري بخلاف الجناية. فلهذا أوجبنا له المحاصة بقدر الفدية من الرهن دون الفدية من الجناية.

فرع: قد ذكرنا أن البائع أحق بسلعته إذا فلس المشتري قبل دفع الثمن، وهذا إذا كان البيع صحيحاً، واختلف المذهب في المبيع الفاسد هل يكون البائع أحق به من السلعة كالبيع الصحيح أو لا؟ قولان. قال **سحنون**: كالبيع الصحيح)[2]، وقال **محمد**: لا يكون أحق بها[3].

فرع: إذا فاتت السلعة بالبيع فللبائع المحاصة لا غير، فإن ردت بعيب على البائع المفلس وهو المشتري أو لا فهل للبائع أن يرد ما أخذ في الحصاص ويأخذ سلعته أم لا؟ المنصوص عن ابن القاسم أن له ذلك، وقيل حكم مضى فلا يرد، خرجه الشيخ **أبو الحسن اللخمي**[4].

قوله: «وفي الموت لا رجوع له»: وهذا كما ذكره، هذا مذهب **مالك** رَحِمَهُ اللَّهُ لأن ذمة الورثة كذمته بخلاف الفلس لخراب ذمته[5].

قوله: «وإذا جمع الحاكم مال المفلس»: يتعلق به الكلام في (تلف)[6] مال المفلس، وفصل القاضي بين أن يتلف بعد جمع الحاكم له، وقبل بيعه، أو يتلف ثمنه على يد الحاكم، فضمان الأول من المفلس في الثاني روايتان، وحكى الشيخ **أبو الحسن**، وغيره فيه خلافاً مطلقاً في المذهب فيما إذا تلف مال المفلس بعد أن جمع قبل البيع أو بعده يرجع حاصله إلى أقوال ثلاثة: الأول: المشهور عن **مالك** أن مصيبته (من المفلس حتى يقبضه الغرماء كان عرضاً أو عيناً، والثاني رواية **عبد الملك** عن **مالك** أن مصيبته)[7] من الغرماء

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) المقدمات 2/ 335 ـ 336.
(4) الجواهر الثمينة 2/ 624.
(5) بداية المجتهد 2/ 464.
(6) ساقطة في نسخة: «خق».
(7) ساقطة في نسخة: «خق».

من حضر منهم ومن غاب، ومن علم ومن لم يعلم، كان دينه عيناً، أو عرضاً، أو حيواناً، أو ما كان. والثالث: إن كان عيناً فضمانه من الغرماء، وإن عرضا فضمانه من المفلس وهو قول **المغيرة** وغيره، والصحيح أنه باق على ملك المفلس حتى يقبضه الغرماء[1] وههنا فروع:

قد ذكرنا أن البائع أحق بسلعته في الفلس، وإذا حكمنا له بأخذها فهل ذلك نقض للبيع الأول، أو ابتداء بيع قولان عندنا، وتظهر ثمرة ذلك في مسائل منها: إذا باع عبداً فأبق عند المشتري، ثم فلس فقال **ابن القاسم**: ليس له ذلك)[2]، وقال **أشهب**: له ذلك فإن وجده كان أحق به، وإلا رجع[3] فحاص، وفي كتاب **ابن حبيب** عن **أصبغ**: ليس له أن يختاره[4]، وهذا بناء على أنه بيع الآبق.

فرع: هل يكون في الفلس أحق بالعين كما يكون أحق بالعرض أم لا؟ قولان عندنا ففي المدونة فيمن أسلم عيناً دنانير أو دراهم ثم فلس المسلم إليه فربها أحق بها في الفلس إذا عرفت وهي كالمكيل والموزون، وقال **أشهب**: يكون إسوة الغرماء[5]، ومبناه على الخلاف في تعيين الدراهيم والدنانير.

فرع: إذا كان العرض من قرض ففي كتاب **محمد** فيمن أقرض عرضاً أو عبداً هو إسوة الغرماء، لأن الحديث إِنَّمَا جاء في البيع، وقيل: هو أحق به كالبيع، حكاه **أبو محمد الأصيلي**[6] لقوله ﷺ: (**أيما رجل أدرك ماله**

---

(1) المعونة 2/ 1186؛ التبصرة 3/ 32/و، قال الخرشي: إن الحاكم إذا وقف مال المفلس أو مال الميت كله ليقضي منه ديونه فتلف ذلك المال، فالمشهور أنه إذا كان عيناً كذهب وفضة فضمانه من الغرماء الحاضرين لتفريطهم في قسمة العين، إذ لا كلفة في قسمها لأنها مهيأة للقسم، وأما العرض إذا تلف فضمانه من الملفس أو من الميت لا من الغرماء. ينظر: شرح الخرشي على المختصر 5/ 275.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) الشرح الكبير 3/ 283 ـ 284.

(4) التبصرة 3/ 32/و.

(5) المقدمات 2/ 337.

(6) التبصرة 3/ 32/و، الجواهر الثمينة 2/ 622.

بعينه)[1]، وهذا عام وملاحظة للمعنى وهو فيهما واحد.

فرع: اختلف المذهب [30/و] في الحوالة هل يكون المحال أحق بالسلعة إذا كانت من بيع، وأحيل بثمنها وفلس المحال عليه، فقال **ابن القاسم**: لا يكون أحق (بالسلعة)[2] وقال غيره هو أحق، ومبناه على الحوالة هل هي من باب البيع أو من باب المعروف[3].

فرع: إذا باع ثمرة قد أزهت ثم فلس المشتري بعد أن يبست فقال **مالك**: هو أحق بها لأنها عين ماله، وقال مرة هو إسوة الغرماء لانتقال حالها.

فرع: اختلف المذهب هل تقع المحاصة مع الغرماء بنفقة الزوجات والأبوين والصداق، (والجنايات، ومتعة المطلقة أم لا؟ بناء على أن ذلك هل يلحق بالمعاوضات أو بالهبات)[4]، وموجبات الأحكام قولان عندنا، ثم ذكر حبس المديان إذا ادعى الفلس من غير بيان وهو الحكم الرابع الذي أوجبه الحجر، والواجب أولاً (خلعه)[5] من ماله فيؤخذ العين وتباع عروضه للتجارة أو للقنية. واختلف في فروع.

الأول: هل تباع خاتمه عليه أم لا؟ قال **ابن القاسم**: تباع، وقال **أشهب**: لا تباع وكذلك اختلف المذهب في ثياب جمعته هل تباع عليه أم لا؟ قولان، وكذلك كتب العلم هل تباع عليه أم لا؟ وفي كتاب **محمد**: لا تباع (عليه)[6] للغرماء، وإن مَاتَ كان الوارث (وغيره)[7] ممن هو أهل للانتفاع بها سواء، وقال **ابن عبد الحكم**: تباع عليه، وتباع كتابة المكاتب، وخدمة المعتق

---

(1) حديث: **(أيما رجل أدرك ماله بعينه)**: صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه، حديث (1559) 3/ 1193؛ سنن البيهقي الكبرى، كتاب التفليس، باب المشتري يفلس بالثمن، حديث (11022) 6/ 44.

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) سيأتي الحديث عن هذا في محله.

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) في نسخة: «خق»: (عزله).

(6) ساقطة في نسخة: «ش».

(7) ساقطة في نسخة: «ش».

إلى أجل، والمدبر ودينه المؤجل ويترك له من النفقة ما يعيش به هو وأهله الأيام، وفي كتاب **محمد**: الشهر، وعن **ابن كنانة في** كتاب المدنيين لا يترك له شيء من النفقة وهل يترك له كسوة زوجته أم لا؟ قولان قال **سحنون**: لا يترك له كسوة، والمشهور خلافه، وإذا خليت كسوته وكسوة ولده وزوجته فهل تجرد لهم أم لا؟ قولان قال **سحنون**: تجرد، وقال غيره لا تجرد[1].

فصل في الحبس وإنما يحبس من جهل حاله، وادعى الفقر، فإذا ثبت فقره فهل يقضى عليه باليمين على صحة الشهادة لأنها إنما تعلقت بالظاهر فقط، أو لا يحلف، قولان.

قوله: «ومدة الحبس غير مقدرة» [2] وقال **ابن الماجشون**: لا يحبس في الدريهمات (أكثر)[3] من نصف شهر ويبلغ في الكثرة أربعة أشهر وفيما بين ذلك الشهرين[4]، وهل يحبس الولد في دين الوالد أو نفقته قولان عندنا[5]، وصح **أن رسول الله ﷺ سجن في تهمة[6] وسجن الصحابة بعده)** وقال ﷺ: **(يحل عرضه وعقوبته)**[7] والعقوبة هنا السجن وعرضه أن يقول مطلني وظلمني ونحوه، وذكر أبو عبيد **أن رسول الله ﷺ قدم عليه ناس من البادية ومعهم إبل فصحبهم في الطريق رجلان وباتا معهم، فلما أصبحوا فقدوا بعض إبلهم فجاؤوا إلى رسول الله ﷺ فحبس أحدهما، وقال لصحابه اذهب فاطلب ما ذهب، فذهب فجاء بما ذهب، فقال رسول الله ﷺ: (استغفر لي، فقال له**

---

(1) في جملة هذه الأقوال. ينظر: النوادر 10/ 8؛ المقدمات 2/ 323 ـ 324؛ بداية المجتهد 2/ 470.

(2) خلافاً لأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ. ينظر: مختصر القدوري 2/ 74.

(3) كذا في النسختين ولعل الصواب: (قدر). ينظر: التاج والإكليل 5/ 48.

(4) التاج والإكليل 5/ 48.

(5) المدونة 13/ 205.

(6) حديث: سنن الترمذي، كتاب السرقة، باب ما جاء في الحبس في التهمة، حديث (1ط17) 4/ 28؛ سنن النسائي، كتاب قطع السرقة، باب امتحان السارق بالضرب، حديث (4875) 8/ 66.

(7) حديث: **(يحل عرضه وعقوبته)**: سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب الحبس في الدين، حديث (3628) 3/ 313.

يغفر الله لك، فقال له النبي ﷺ، وأنت يغفر الله لك)[1] فأخذ منه بعض الفقهاء السجن بمجرد الدعوى مع الشبهة[2]، ويحبس النساء في الدين كالرجال، وتجعل معهن امرأة أمينة[3]، ويمنع المسجون من دخول زوجته عليه تضييقاً سيما إذا سجن في أمر بين، ولا يمنع المسجون من أن يزوره من إخوانه من النسب والإسلام، وإذا لم (يجد من)[4] يشهد له، وقد طال سجنه أخرج، وقد سئل مالك عن التجار الذين يأخذون أموال الناس ثم يقولون ذهبت منا، ولا يعرف ذلك، فقال يحبسون حتى يوفوا الناس حقوقهم أو يتبين أنه لا شيء له، ومن قال منهم ذهب مالي ولم يعرف ذلك، فلا ينتفع بشهادة من شهد له أنه لا شيء له، قال: فهذا لا يعرف ولا يعجل سراحهم حتى يستبرأ أمرهم، وفي كتاب **محمد، وابن حبيب** عن **مالك** وأرى أن يخرج هؤلاء من السوق[5]، وإذا ثبت عسر المحبوس خلى سبيله، وهل للغرماء أن يدوروا معه حيث دار، ويلازموه؟ المنصوص ليس لهم ذلك، والحجة عليه قوله ﷺ: **(خذوا ما وجدتم معه ليس لكم غيره)** ولأن الملازمة حبس، وقد ثبت موجب نفيه وهو مقتضى قوله سبحانه: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ ويحبس الوصي على الأيتام فيما عليهم من دين إذا كان لهم بيده مال، لأن امتناعه من الأداء من باب اللدد[6]، وهل يطاف بالمفلس في السوق (والمعلن بالسفه)[7]، وينادى عليه، فيه خلاف عندنا، وجرى العمل عليه حفظاً لأموال الناس، وهل

(1) حديث: **(استغفر لي...)**: سنن النسائي، كتاب قطع السرقة، باب تلقين السارق، حديث (4877) 8/ 67.

(2) قال ابن رشد الحفيد في البداية 2/ 481: خرج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه في الفقه قال: وحمله بعض العلماء على أن ذلك من رسول الله حبساً. قال: ولا يعجبني ذلك، لأنه لا يجب الحبس بمجرد الدعوى، وإنما هو عندي من باب الكفالة بالحق الذي لم يجب إذا كان هنالك شبهة لمكان محبتهما لهم.

(3) التاج والإكليل 5/ 48.

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) النوادر 10/ 16.

(6) اللدد: الخصومة. ينظر: مختار الصحاح ص248؛ لسان العرب 3/ 391.

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

يؤخذ المديان بعمل صنعة يكتسب منها، ويؤدى الدين، قال الجمهور: ولا يؤاجر[1] اعتماداً على الآية وقضية معاذ، وقال أحمد بن حنبل يؤاجر[2]، واختاره اللخمي إذا كان صانعاً (إنما عومل غالباً على صناعته، ثم ذكر فلس (الصناع)[3] ومستأجريهم. وتحصيل القول فيه أنهم إذا قبضوا السلع وأفلس أربابها فهم أحق بها في أيديهم إذا كانوا قد عملوا الصنعة في الموت والفلس، لأن صنعتهم بأيديهم ولم يسلموها، وإن كان التفليس قبل العمل فهو بالخيار بين أن يفسخ الإجارة، أو يكون إسوة (الغرماء)[4] إن عمل، وإن فلس الصانع فلرب السلعة أن يخلص بقيمة تلك السلعة، وباقي مسائل التفليس (مذكور في المطولات)[5].

(1) المعونة 13/ 205؛ الكافي ص422.

(2) في أحد قوليه، وبه قال عمر بن عبد العزيز، وسوار العنبري وإسحاق. ينظر: المغني 4/ 495.

(3) في نسخة: «خق»: (الصانع).

(4) ساقطة في نسخة: «ش».

(5) في نسخة: «خق»: (مذكورات في كتاب المطولات).

باب الصلح[1] والمرافق وإحياء الموات[2] وما يتصل بذلك

شرح: الأصل في الصلح الكتاب والسنّة، أما الكتاب فقوله سبحانه: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾ [النساء: 128]، وأما السنّة فما روى مرفوعاً إلى النبي ﷺ أنه قال: **(الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرّم حلالاً)**[3]. **وقد روى موقوفاً** [30/ ظ] على عمر بن الخطاب رضي الله عنه[4]، وهو على قسمين: صلح على الإقرار، وصلح على الإنكار، فالصلح على الإقرار جائز[5]، بإجماع المسلمين[6]،

(1) الصلح لغة: السلم، وقطع المنازعة، وهو أيضاً ضد الفساد، وفي الاصطلاح عرفه ابن عرفة بقوله: انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه. ينظر: الصحاح 1/ 383؛ معجم مقاييس اللغة 3/ 303؛ المصباح المنير 1/ 345؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 421؛ الشرح الصغير 4/ 3.

(2) إحياء الموات، لغة، الموات بالفتح الأرض التي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد، وفي الشرع لقب لتعمير دامر الأرض بما يقتضي عدم انصراف المعمر عن انتقاعه بها. ينظر: لسان العرب 1/ 266؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 535.

(3) حديث: **(الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً)**: سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح يبن الناس، حديث (1352) 3/ 634؛ سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب في الصلح، حديث (3594) 3/ 304؛ سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب في الصلح، حديث (2335) 2/ 788.

(4) المدونة 11/ 364، وفيها: قال ابن وهب، وأخبرني عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب كتب إلى أبي موسى الأشعري أن الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً.

(5) يعني جوازاً راجحاً، لأنه مندوب إليه. ينظر: الفواكه الدواني 2/ 231؛ وهو من أكبر العقود فائدة لقطع الشنئان بين المسلمين، ولذلك أبيح شرعاً للمصلح أن يكذب بغية الوصول إلى التصالح بين المتخاصمين.

(6) المبسوط 20/ 143؛ التفريع 2/ 289؛ الكافي ص451؛ المبدع 4/ 279؛ الإنصاف 5/ 234.

وأما الصلح على الإنكار[1] فأجازه الجمهور[2]، ومنعه **الشافعي**[3] لأنه من أكل المال بالباطل، واعتمد الجمهور على أنه شراء خصومة وافتداء من اليمين، وقد صح جوازه عن **عثمان، وابن مسعود**[4] وغيرهما فكان حجة، وقسمه القاضي قسمين، معاوضة وإسقاط[5] وإبراء[6]، فالقسم الأول: أن يدعي على رجل شيئاً، ثم يبيعه منه فلا يجوز إلا في معلوم وحكمه حكم البيع، فيراعى (في صحته)[7] ما يراعى في البياعات، فيحرم فيه (من وجوه الربا ما يحرم في البيع ويحل فيه ما يحل فيه. والقسم الثاني: وضع بعض الحق المدعى فإن كان الغريم مقراً فهو صلح على (الإقرار، وإن كان منكراً فهو صلح على)[8] الإنكار، وهل يراعى في الصلح على الإنكار ما يرعى في البيع أم لا؟ فيه قولان عندنا[9] مثل أن يدعي دنانير فينكر فيصالحه عليها بدراهم مؤاجلة، فهو محرم عند **ابن القاسم**، لأنه صرف مستأخر، وأجازه **أصبغ** وغيره، ولم يره صرفاً وإنما رآه معاوضة على إسقاط المنازعة فقط، فإذا وقع الصلح فاسداً بخروجه إلى باب الربا فهل يفوت بوقوعه أم يفسخ أبداً، أو يفسخ ما لم يطل هذه الثلاثة الأقوال واقعة عندنا، والصحيح أنه كالبيع الفاسد فيفيته ما يفيت البيع الفاسد.

قوله: «وإحياء الموات على وجهين»: قلت اختلف الفقهاء في إحياء الموات على ثلاثة أقوال، فاشترط فيه أبو حنيفة إذن الإمام قرب من العمران

---

(1) صورته: أن يدعي إنسان على إنسان شيئاً فينكره، ولا يكون للمدعي بينة، فيصالحه المدعى عليه على شيء يعطيه إياه فيجوز عندنا أخذه، وملكه للمدعي.

(2) مختصر الطحاوي ص98؛ الهداية 3/ 214؛ التفريع 2/ 289؛ المعونة 2/ 1191؛ المغني 5/ 9؛ الإنصاف 5/ 243.

(3) الأم 3/ 221؛ روضة الطالبين 4/ 198.

(4) سنن البيهقي 10/ 177.

(5) الإسقاط معناه أن يسقط عن المدين بعض الدين، وأخذ بعضه بغير إجبار.

(6) الإبراء: يعني أن يبرأ ذمة المدين من دينه كلياً.

(7) في نسخة: «خق»: (فيه).

(8) ساقطة في نسخة: «خق».

(9) بداية المجتهد 2/ 476.

أم لا[1]؟ ولم يشترطه **الشافعي** مطلقاً[2]، وفصل **مالك** فاشترطه في القريب دون البعيد هذا هو المشهور من مذهبه[3]، وقال أصبغ **وسحنون**: لا يفتقر إلى إذن الإمام فيما قرب، ولا فيما بعد، ورواه **ابن عبدوس** عن **أشهب**[4]، والأصل في جوازه قوله ﷺ: (**من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق**)[5] والإحياء: البناء والغرس وحفر الآبار وشق العيون وغير ذلك من أنواع (العمارة)[6] مما يعلم أنه إحياء، واختلفت الرواية عن المذهب فيمن أحيي (أرضاً)[7] وتركها حتى خربت، ثم أحياها رجل آخر فهل تكون للأول لأنه ملكها أولاً بالإحياء، أو للثاني لأنها كالموات حيث خربت فيه عندنا قولان[8] المشهور أنها للثاني كالصيد إذا استأنس ثم استوحش، ثم صاده صائد فهو للثاني، لأنه باستيحاشه صار غير مقدور عليه.

فرع: إذا بنينا على المشهور من اشتراط إذن الإمام فيما قرب تعين النظر في أمرين:

الأول: حد القرب والنظر فيما إذا أحيي بغير إذن الإمام فيما اشترطنا فيما إذنه، وحد القرب عندنا مختلف فيه. أما البلدان فالقريب منها ما تلحقه مواشيها بالرعي في غدوها ورواحها وهو لهم مسرح، ومحطب، وأما الدار فحريمها إذا كانت محفوفة بما احتوت مرافقها التي يضطر إليها (ويعلمها)[9]

---

(1) مختصر الطحاوي ص134؛ مختصر القدوري 2/ 219.

(2) الأم 4/ 41؛ مختصر المزني ص130؛ الإقناع ص118؛ وبه قال أبو يوسف وأبو ثور. ينظر: الهداية 4/ 435.

(3) النوادر 10/ 500؛ التفريغ 2/ 290 ـ 291.

(4) المنتقى 6/ 380.

(5) حديث: (**من أحيا أرضاً ميتة...**): سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء الموات، حديث (1378) 3/ 662؛ سنن أبي داود، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب إحياء الموات، حديث (3073) 3/ 178.

(6) في نسخة: «خق»: (العمارات).

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

(8) المدونة 16/ 196؛ التفريع 2/ 190؛ عيون المجالس 4/ 1815؛ المنتقى 7/ 384.

(9) في نسخة: «خق»: (ويعملها).

الناس من مرافقها في العادة كمطرح التراب، ومصب الميزاب، ومواضع الطريق. وأما البئر فليس لها حريم معلوم لاختلاف الأرض بالصلابة والرخاوة، وحريمها في الحقيقة ما لا يضر بمائها، ولا يضيق مناخ إبلها، ومرابط مواشيها، وأما إذا أحيي بغير إذن الإمام ممن أوجبنا عليه الاستئذان فالحكم فيه للإمام إن حسن عنده أمر فعله، فإما أبقاه (بيد من أحياه)[1]، وإما أزاله وإما أقطعه، وإما أبقاه للمسلمين وأعطاه قيمته، وهل يعطى قيمته مقلوباً وهو المشهور[2] لأنه متعد بالإحياء، أو قائماً حكاه **ابن القاسم** في وثائقه.

فرع: هل للذمي أن يحيي في بلاد المسلمين أم لا؟ اختلفت الرواية فيه عن المذهب، فحكى **القاضي أبو الحسن بن القصار** عن المذهب أنه ليس له ذلك[3]، وقال **ابن القاسم**: له الإحياء لعموم لفظ الحديث إلا في جزيرة العرب[4] لقوله ﷺ: **(لا يبقين دينان بأرض العرب)**[5] فإن أحيي في جزيرة العرب نزع من يده، وأعطى قيمة ما عمر، وقال **مطرف وابن الماجشون** له الإحياء في البعيد عن العمران دون القريب، ولا يجوز له الإحياء (في القريب)[6]، وإن أذن له الإمام، ويعطى قيمته، وينزع من يده.

قوله: «وليس لحريم البئر[7] حد إلا الاجتهاد». وهذا كما ذكره[8]،

---

(1) في نسخة: «خق»: (بيده).

(2) النوادر 10/ 520؛ المنتقى 7/ 379 ـ 381.

(3) الجواهر الثمينة 3/ 17؛ قال ابن شاس: قال القاضي أبو الحسن ليس على للذمي إحياء الموات في دار المسلمين، وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: إن عمَّر فيما بعد من العمران فذلك له، وأما ما قرب من العمران ولو أنه بإذن الإمام، فإنه يعطي قيمة ما عمر، وينزع منه، لأن ما قرب من العمران بمنزلة الفيء، ولا حق للذمي فيه. ينظر أيضاً أقوال ابن القصار في كتاب التبصرة للخمي 3/ 71/و.

(4) المنتقى 7/ 382.

(5) حديث: **(لا يبقين دينان...)**: موطأ مالك، كتاب الجامع، باب ما جاء في إجلاء اليهود من المدينة، حديث (1583) 2/ 892؛ سنن البيهقي، حديث (1520) 6/ 135.

(6) ساقطة في نسخة: «ش».

(7) حريم البئر: حريم الشيء ما حوله من حقوقه ومرافقه، سمي بذلك لأنه يحرم على غير مالكه أن يستبد بالانتفاع به. ينظر: المصباح المنير 1/ 133.

(8) المعونة 2/ 1195.

والمعهود من الشريعة رفع الضرر (فما يعلم أنه يضر)[1] بالبئر الأول كذلك الحريم، وهو مختلف باختلاف الأرضين، هذا في آبار (البراري)[2] والفلوات، وأما إذا أراد أن يحفر بئراً في أرض ملكه تضرب ببئر جاره، فهل يمنع من ذلك أم لا؟ حكى القاضي فيه روايتان[3] المنع رفع للضرر، (والجواز)[4] لأنه تصرف في ملكه بما يحتاج إليه.

قوله: «ومن حفر بئراً في ملكه فإن البئر مع الأرض ملك له، وله منع الناس منها»: اختلف الفقهاء في منع الماء للناس على ثلاثة أقوال: فقالت طائفة: لا يمنع ولا يباع مطلقاً كان في أرض مملوكة أم لا؟ وهو مذهب أهل الظاهر، وقوم رأوا أنه مما يتصور ملكه، والمنع منه بالإطلاق، وفرّق قوم من الفقهاء بين أن يكون في الأرض المملوكة فيملك، أو غير المملوكة فلا يملك، واعتمد الأولون على قوله ﷺ: **(لا يمنع نفع ولا فضل ماء)**[5] وجعله رسول الله ﷺ من الأشياء المشتركة كالحطب والنار، واعتمد من أجاز منعه على أنه كسائر (المتمولات المتملكة)[6].

وتحصيل مذهب **مالك** في ذلك: أن المياه على ثلاثة [31/و] أقسام: عام، وخاص، ومتردد بين الخصوص والعموم، فالعام ضربان: الأول: الماء الجاري في الأرض المملوكة المستقر فيها، فهذا لا خلاف في المذهب أنه مملوك لمن جرى في ملكه، واستقر في أرضه على صفة الملك لواحد كان أو للجماعة فلمالكه منعه، وتحجير فضله، والاختصاص بجميعه، وليس عليه أن يرسله إلى من تحته، لأنه بدخوله في أرضه وجريانه عليها، واستقراره فيها

---

(1) في نسخة: «خق»: (إلا فيما يعلم أنه لا يضر).

(2) في نسخة: «خق»: (البوادي).

(3) التفريع 2/ 291؛ المعونة 2/ 1195.

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) حديث: **(لا يمنع نفع ولا فضل ماء)**: صحيح البخاري، كتاب المسقاة، باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروي، حديث (227) 2/ 830؛ صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم فضل بيع الماء الذي يكون بالغلاة، حديث (1565) 3/ 1998.

(6) في نسخة: «خق»: (المتملكات).

صار ملكاً له، ويقتسمه الشركاء في هذه الأرض على حسب أملاكهم، والثاني: الماء الذي طريقه في الأرض المباحة كالماء الذي يسيل من شعاب الجبال وبطون الأودية، وهذا حكمه أن يسقى به الأعلى فالأعلى، إذا كان الأعلى قديماً، وإن كان محدثاً فسنذكره، واختلفت الرواية في تحديد السقي، فقال **ابن وهب، وابن الماجشون** وغيرهم يسقى الأول ويرسل جميع الماء في حائطه حتى يبلغ الماء في الحائط كله كعب من يقوم فيه فحينئذ يغلق مدخل الماء ويرسله إلى جاره[1]. وروى **زياد بن عبد الرحمٰن**[2] عن **مالك**: أن الأول يجري الماء في (ساقيته إلى حائطه)[3] قدر ما يكون الماء في الساقية إلى الكعبين حتى يروي حائطه، أو يفنى الماء، فإذا روى حائطه أرسله كله، فاعتبر في هذه الرواية ري الحائط، وجعل الكعبين مقدار الماء في الساقية لا في أرض الحائط، وفي المدينة من رواية **عيسى** عن **ابن وهب** أن الأول يسقي حتى يروي حائطه، ثم يمسك بعد ري حائطه من الماء ما يبلغ إلى الكعب، فجعل الكعبين في هذه الرواية مقدار الماء المسقي بعد الري. وقال **ابن كنانة**: إن كان المسقي زرعاً فيمسك الماء حتى يبلغ النعل، وإن كان شجراً فيمسكه حتى يبلغ الكعبين، فهذه (أربع)[4] روايات واقعة عن **مالك**[5]، وهذا إذا كان الأعلى قديماً (لا يسبقه)[6] الأسفل بإحياء وغرس، ثم أراد غيره إحياء ما فوقه، والسبق إلى الماء، فالقديم أحق، ويمنع المحدث من الأحداث إلا على حسب دولته، فإذا رضي بحطه من الماء مما فضل عن الأقدم، فله ذلك، نص عليه **سحنون**.

---

(1) المنتقى 7/ 391.

(2) أبو عبد الرحمن زياد بن سعد بن عبد الرحمن الخرساني، روى عن ثابت بن عياض وأبي الزناد وابن عجلان، والزهري، وعنه مالك، وابن جريج، وابن عيينة، كان ثقة ثبتاً، قال علي بن المديني، كان من أهل التثبت والعلم. ينظر: تهذيب التهذيب 3/ 370.

(3) في نسخة: «خق»: (ساقية حائطه).

(4) في نسخة: «خق»: (ثلاث) ولعل الصواب ما أثبته من نسخة: «ش».

(5) المنتقى 7/ 391.

(6) في نسخة: «خق»: (وإن كان محدثاً سبقه).

والقسم الثاني: الماء الخاص وهو المصون في الأواني، أو في الآبار المتملكة بالحر أو بالشراء، فهذا من جملة الأملاك التي يختص بها مالكها ولا يتصرف فيها غيره إلا بإذنه.

والقسم الثالث: المتردد بين الخاص والعام، وهو ماء (البئر)[1] المحتفرة في الفيافي والبوادي للماشية، فلا يباع ولا يورث، وحافرها أحق (بقدر كفايته)[2]، وعليه إرسال فضلته وورثة حافرها بمنزلته، والعادة تشهد في مثل هذا، لأن حافره إنما يحفره (لتشرب)[3] ماشيته، ويتصدق بما فضل من مائه على من احتاج من مسافر أو مقيم إلا أن ينص حين الحفر على التمليك التام، ويشهد بذلك فلا سبيل عليه، وإذا وقعت الضرورة وتبينت الحاجة كان المسافر أولى من المقيم بالماء الذي فضل عن صاحبه لإضرار المسافر. وروى ابن وهب عن النبي ﷺ قال: **(لا يقطع طريق ولا يمنع فضل ماء ولا ابن السبيل على شربه للدلو والرشا والحوض، ويخلى بينه وبين الدلو فيستقي، ولا يلزم الاستقاء له)**[4]. وفي الأثر: أن أبناء السبيل اقتتلوا مع أهل الماء وجرحوهم فأهدر عمر رضي الله عنه جراحات أهل الماء وأغرمهم جراحات ابن السبيل، وقال: ابن السبيل أولى الماء من الساقي عليه[5]، وهو مقتضى المصلحة والله أعلم.

وحكى القاضي قولين فيهما، وإذا أوجبنا على الجار أن يبذل فضل مائه المملوك لزرع جاره الذي خيف عليه الهلاك، هل يقضي عليه ببدل الفضلة بالثمن، أو بغير ثمن قولان مبنيان على اعتبار المصالح، وإنما يقضى عليه لزرع جاره الذي خيف هلاكه عطشاً إذا كان جاره قد زرع على أصل ماء ثم انهارت بئره، فأما إن زرع اتكالاً على فضل ماء جاره فلجاره المنع، إذ لا ضرورة حينئذ.

---

(1) في نسخة: «خق»: (الآبار).
(2) في نسخة: «خق»: (بكفايته).
(3) في نسخة: «خق»: (لشرب).
(4) سبق تخريج جزء منه.
(5) المنتقى 7/ 395.

قوله: «**ويستحب لمن سأله جاره أن يغرز خشبة في جداره أن لا يمنعه**»[1]: قلت: اختلف الفقهاء هل يقضى بهذا على من امتنع منه أم لا؟.

فقال **الشافعي**[2] **وأحمد**[3] **وداود وأبو ثور**: يقضى به اعتماداً على نص حديث أبي هريرة: (**ما لي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافكم**)[4]. وقال **مالك**[5] **وأبو حنيفة**[6]: لا يقضَى بها على من أباه اعتماداً على قوله ﷺ: (**لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفس**)[7]. ومن هذا النمط ربيع **عبد الرحمٰن بن عوف** وخليج **الضحاك بن خليفة** ذكر **مالك** في موطئه أن **الضحاك بن خليفة** ساق خليجاً من العُرَيْض فأراد أن يمر به في أرض **محمد بن مسلمة** فأبى **محمد**. فقال له **الضحاك**: لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أولاً وآخراً ولايضرك، فأبى **محمد** فكلم فيه **الضحاك عمر بن الخطاب** فدعا **عمر محمد بن مسلمة** فأمره أن يخلي سبيله، فقال **محمد**: لا، فكرر عليه، فامتنع، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل **الضحاك**[8]. روى **أصبغ** عن **مالك** فقال: لا يؤخذ بقضاء **عمر بن الخطاب** على **محمد بن مسلمة** في الخليج. وروى **مالك** أيضاً في موطئه عن **عمر بن يحيى المازني** عن أبيه قال: كان في حائط جده ربيع **لعبد الرحمٰن بن عوف** فأراد عبد الرحمٰن [31/ظ] أن يحوله إلى ناحية من الحائط هي أقرب إلى أرضه، فمنعه صاحب الحائط فكلم **عبد الرحمٰن بن عوف عمر بن الخطاب** فقضى له بتحويله[9]. وروى **أصبغ** عن **مالك** قال: يؤخذ بقضاء عمر

---

(1) الكافي ص490؛ الإشراف 2/ 18؛ المعونة 2/ 1198؛ القوانين الفقهية ص223.
(2) روضة الطالبين 4/ 212.
(3) المغني 5/ 37؛ الإنصاف 5/ 262 ـ 263.
(4) حديث: (**مالي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم**): سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الرجل يضع خشبة على جدار جاره، حديث (2335) 2/ 783.
(5) التفريع 2/ 292؛ المعونة 2/ 1198.
(6) حاشية رد المختار 3/ 445.
(7) حديث: (**لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس**): سنن الدارقطني 5/ 26؛ سنن البيهقي الكبرى 6/ 100؛ وإسناد هذا الحديث جيد. ينظر: تلخيص الحبير 3/ 43.
(8) الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، حديث (1431) 2/ 746.
(9) الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، حديث (1432) 2/ 746.

لعبد الرحمٰن في تحويل الربيع دون قضائه في الخليج، قلت: لعله فرّق بينهما، لأن تحويل الربيع ليس من إحداث طريق لم يكن. ثم ذكر القاضي حكم فتح الكوة[(1)(2)].

وتحصيل القول في ذلك على مقتضى المذهب: أن لا يمنع من إحداث ما ينتفع به، ولا يضر بجاره، فإن أضرت الكوة بجاره رفع الضرر شرعاً، وأما الجدار المشترك فليس له فتح الكوة فيه إلا بإذن الشريك ثم ذكر أن السقف لصاحب السفل، وعليه إصلاحه ليتمكن صاحب العلو من الانتفاع به تمكن مثله. فإن اختلفا في السقف حكم به لصاحب السفل، (كما ذكرنا: وقال **الشافعي**: هو مشترك بينهما؛ لأن السقف محمول على ملك صاحب السفل)[(3)(4)] فكان حائزاً له بملك حامله كالدابة يحمل عليها مالكها فالحامل والمحمول ملك له إلا أن يثبت خلافه، والعرف شاهد في الجدال المتداعَى فيه (فمن شهد له به)[(5)] العرف فهو له بعد يمينه، وقيل بغير يمين بناء على أن العرف كشاهدين، والقمط بسكون الميم جمع قماط، وأصل القماط الخرقة التي يلف بها الصبي.

قوله: «وليس لأحد الشريكين في الحائط أن يتصرف فيه إلا بإذن شريكه» وهذا حكم جميع الأملاك المشتركة[(6)]، وإذا انهدم الحائط المشترك فهل (جبره)[(7)] عليهما، وهل يجبر على بنائه من أباه، في المذهب قولان: أحدهما: الجبر لقوله ﷺ: **(لا ضرر ولا ضرار)**. والثاني: نفي الجبر، لأن

---

(1) الكوة: بفتح الكاف وضمها والفتح أشهر، الروشن، وهي عبارة عن طاق، وجمعها كوى بكسر الكاف، والقصر وكواء بالمد، وعلى الضم فجمعهما كوى بالضم والقصر، هو عبارة عن طاق أو روشن أي خرق في الجدار منه الهواء والضوء. ينظر: الصحاح 5/ 2124؛ مواهب الجليل 5/ 160؛ المعجم الوسيط 2/ 806.

(2) التفريع 2/ 294؛ الكافي ص493.

(3) المهذب 1/ 377؛ المغني المحتاج 2/ 189.

(4) ساقطة في نسخة: «ش».

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) المعونة 2/ 1200.

(7) في نسخة: «خق»: (ستره).

جبر المالك على أن يبني ملكه غير معهود[1]، وللقائل أن يقول تصور الجبر ههنا لحق الغير.

قوله: «ومن له حق في إجراء (مائه)[2] على سطح غيره فنفقة السطح على صاحبه»، وهذا كما ذكره[3] لأن صاحب المسيل له حق في مرور الماء على السطح، فعلى صاحب السطح (تمكينه)[4] من ذلك بحيث يتمكن من منفعته، ويتوصل إلى حقه بخلاف من له شرب في بستان، فاحتاجت ساقيته أو نهره إلى نفقة فهي عليهما جميعاً، لأن موضع الماء لهما والسطح لصاحبه فقط، ولا شيء معه فيه لصاحب المسيل، وقد تقدم الكلام في وجوب طرح المتاع من المركب يخاف عليه الغرق، وذلك من باب التسبب في إحياء النفوس، ولا كلام في وجوبه، ومن هذا المعنى أكل المضطر الميتة إذا خاف الموت، وقد تقدم الكلام في كيفية التوزيع بين أهل السلع، وهل الرقيق كالمال أو كالأحرار، وفي ذكر موضع التقويم، ثم ذكر مسألة المركبين يصطدمان ولا ضمان على واحد منهما، إذ لا يقدر على رد الريح، بخلاف الفارسين يصطدمان فيقتل أحدهما صاحبه فدية كل واحد منهما على عاقلة صاحبه والله الموفق.

---

(1) الإشراف 2/ 18؛ الكافي لابن عبد البر ص493. ومذهب الحنفية أنه لا يجبر شريكه على البناء لأن القسمة ممكنة، ومذهب الحنابلة أنه يجبر شريكه، وللشافعي فيه قولان: الإجبار في القديم وعدمه في الجديد. ينظر: المبسوط 17/ 92؛ روضة الطالبين 4/ 215 ـ 216؛ المغني 5/ 45؛ الإنصاف 5/ 265.

(2) في نسختي: «خق»، و«ش»: (ماء).

(3) التفريع 2/ 293؛ الكافي ص495؛ المعونة 2/ 1201.

(4) في نسخة: «ش»: (تمكنه).

باب الوديعة[1] والعارية[2]

قال القاضي رحمه الله: «**باب الوديعة والعارية**».

الوديعة: استنابة في حفظ المال[3] والأصل فيها الكتاب والسنّة والعمل. أما الكتاب فقوله سبحانه: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 58]. وأما السنّة فقوله ﷺ: **(أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك)**[4] وجرى العمل في الجاهلية عليها، فأقرّها الإسلام، وهي أمانة محضة غير مضمونة عند الجمهور[5]، وشذّ قوم فقالوا: إنها مضمونة[6] (أمر

---

(1) الوديعة: لغة: الترك والتخلية، يقال ودعه: أي تركه، وفي الاصطلاح هي: مال وكّل على حفظه. ينظر: معجم مقاييس اللغة 6/ 96؛ الفواكه الدواني 2/ 185؛ حاشية الدسوقي 3/ 419؛ شرح الخرشي 6/ 108.

(2) العارية لغة بتشديد الياء، لأن الأصل فيها عاوره من قولك تعاور القوم الشيء إذا تداولوه بينهم قال الشاعر: إذا رد المعاور ما استعار، وفي الاصطلاح هي: تمليك منافع العين بغير عوض، أو هي: تمليك المستعير منافع العين المستعارة مع بقاء العين للمعير. ينظر: غرر المقالة ص227؛ البديع 2/ 101/ ظ.

(3) قاله ابن شاس وابن الحاجب. ينظر: شرح الجلاب 151/ و.

(4) حديث: **(أد الأمانة إلى من ائتمنك)**: سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي للمسلم أن يدفع إلى الذمي الخضر يبيعها له، حديث (1264) 3/ 564؛ سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، حديث (4545) 3/ 290.

(5) الهداية 3/ 215؛ المعونة 2/ 1304؛ المهذب 1/ 361؛ الوسيط 4/ 499؛ المغني 6/ 300، قال ابن قدامة: هذا قول أكثر أهل العلم، روي ذلك عن أبي بكر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم، وبه قال شريح والنخعي ومالك، وأبو الزناد والثوري، والأوزاعي، وأصحاب الرأي.

(6) منهم الإمام أحمد في إحدى روايته اعتماداً عى ما حكى عن عمر بن الخطاب، قال ابن قدامة: وعن أحمد رواية أخرى إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها كما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله، قاله =

بردها)[1] اعتماداً على قوله ﷺ: **(على كل يد رد ما أخذت)**[2] وروى ذلك عن عمر بن الخطاب[3]. والدليل للجمهور أن الله سبحانه أمر بردها لربها، ولم يأمر بالإشهاد، فالواجب تصديق الأمين في دعوى التلف، والرد عليه، إلا أن يدفع إليه بيّنة، فاختلف الفقهاء حينئذ. فقال **مالك**: لا يقبل منه دعوى الرد إلا ببيّنة[4]، لأن رب المال لم يرض بأمانته إلا على صفة (الشهادة)[5]، فلا يتعدى ذلك، وإلا فكان الإشهاد عبثاً. وقال **الشافعي**[6] **وأبو حنيفة**[7]: القول قول المودع في دعوى الرد مع الإشهاد وغيره كالتلف تمحيضاً لحكم الأمانة، وهي رواية معروفة عن **ابن القاسم**[8]، والمعتمد عليه في دعوى التلف أن القول قوله مع يمينه قبضها ببيّنة أم لا، لأن يده يد أمانة[9].

قال القاضي **أبو محمد**: **«وسواء كان متهماً، أو غير متهم»** لأن ربها رضي بأمانته[10] واختار المتأخرون من أهل المذهب التسوية في حكم الأمانة بين دعوى التلف، ودعوى الرد، فيقبل قوله فيهما مطلقاً.

قوله: «لا تضمن إلا بالتعدي» وهو كما ذكره مثل أن يسافر بها، وقد دفعت إليه في الحضر أو يودعها غيره، أو يجعلها في غير مأمون فهو ضامن إلا أن يودعها غيره ممن ترضى أمانته إذا أراد المودع سفراً، فهذا مأذون فيه، ولا ضمان عليه في هذه الصورة.

= القاضي والأول أصح، لأن الله سماها أمانة والضمان ينافي الأمانة. ينظر: المغني 6/ 300.

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) لم أقف عليه.

(3) مصنف ابن شيبة 4/ 507.

(4) المدونة 15/ 148؛ التفريع 2/ 269؛ الرسالة ص231؛ الكافي ص403.

(5) في نسخة: «خق»: (الإشهاد).

(6) الأم 3/ 245؛ مختصر المزني ص147؛ الإقناع ص113؛ المهذب 1/ 356.

(7) البحر الرائق 8/ 268؛ حاشية ابن عابدين 7/ 476.

(8) بداية المجتهد 2/ 460.

(9) المقدمات 2/ 460؛ بداية المجتهد 2/ 503.

(10) المعونة 2/ 1204؛ قال القاضي: وسواء كان متهماً، أو غير متهم، لأن ربها رضي بأمانته سواء قبضها ببينة أو بغير بينة.

قوله: «والقول قول المودع في تلفها على الإطلاق» يعني: كان الدفع إليه ببيّنة أو بغير بيّنة، متهم أو غير متهم كما بيّنه في غير هذا الموضع.

تكميل: لما كانت الوديعة استنابة المودع على حفظ المال اشترطنا في المودع ما يشترط في الوكيل، فلذلك يجوز له أن يودع الصبي والسفيه والعبد والمرأة إذا رضي بأمانتهم، ولا ضمان على الصبي والسفيه في ذلك إذا أتلف أو ضيع، لأن رب الوديعة رضي بذلك وسلط عليه [32/و] وكذلك لا ضمان على العبد في رقبته إلا أن يتعدى فيضمن، ويتعلق (ذلك)[1] بذمته، وفي المذهب قول آخر في العبد يودع، فيتعدى أو يستهلك الوديعة أنها جناية في رقبته كسائر جناياته، والأول (المشهور)[2].

قوله: «وليس له أن (يودعها)[3] غيره إلا من ضرورة»: قلت: (يجب)[4] الضمان في الوديعة بأسباب:

الأول: التضييع لها والتفريط في حفظها، ولا خلاف أنه ضامن في هذا المحل، وذلك مثل أن يلقيها في غير مأمون، أو يدل عليها سارقاً. والثاني: أن يودع غيره من غير عذر فهو ضامن، لأن ربها لم يرض إلا بأمانته، فإن فعل، ثم استرجعها لم يضمن بعد ذلك كردّها إذا تسلف منها، فإن اضطره إلى إيداعها عزمه على السفر جاز له إيداعها لمكان الضرورة، فإن أعطى الوديعة زوجته أو جاريته على جري عادته في ذلك لم يضمن، لأن من عادة الناس، والمودع في الحضر يريد السفر، فله أن يودع غيره كما ذكرناه بخلاف المسافر يودع في السفر فليس له أن يودع غيره، لأنه على أمانته قبله لا على أمانة غيره، وكذلك نقل الوديعة من بلد إلى بلد هو في ذلك ضامن لتعديه بالنقل. قال **مالك** في امرأة ماتت بالإسكندرية فكتب وصيها إلى ورثتها وهم ببلد آخر فلم يأته منهم خبر، فخرج بتركتها إليهم فهلكت في الطريق فهو ضامن[5]، فلو أودع جرار زيت

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) في نسخة: «خق»: (إشهر).
(3) في نسخة: «ش»: (يودع).
(4) في نسخة: «خق»: (تعلق).
(5) المدونة 15/ 145، وفيها: سئل مالك عن امرأة هلكت بالإسكندرية، وكان ورثتها =

فنقلها من موضع في داره إلى موضع آخر فيها، فلا ضمان عليه إذا انكسرت، ولو سقط عليها شيء من يده فانكسرت، أو رمى في داره وهو يريد إصابة غيره فأصابها، فانكسرت، ضمنها لأنها جناية، والخطأ والعمد في أموال الناس سواء[1]. وقال **أشهب**: ولو سقطت من يده فانكسرت فلا ضمان عليه[2].

الثالث: المخالفة في كيفية حفظها مثل: أن يودعه صندوقاً، واشترط عليه أن لا يقفله لما في ذلك من الشهرة بتقفيله، أو بالعكس فهو ضامن بالتعدي والمخالفة، ولو قال له: أقفله بقفل واحد فقفله بقفلين فلا ضمان عليه، وإذا أودعه دراهم فجعلها (في جيب قميصه)[3]، فضاعت، فهل يضمن أم لا؟ قولان عندنا. قال **ابن وهب**: من أودع وديعة في المسجد فجعلها على نعله فذهبت فلا ضمان عليه[4] ولو اشترط عليه أن يجعلها في جرة فخار فجعلها في جرة من نحاس ضمن، وعلله أصحابنا بوجهين:

الأول: أنه شهرها. والثاني: أنه خالف، وقصد إلى ما يقصد سرقته، ولو قال له: اجعلها في نحاس فجعلها في فخار لم يضمن[5].

الرابع: خلط الوديعة بما لا تتميز معه، وهو (ههنا)[6] ضامن أيضاً لتعديه بالخلط، فإن (خلطها بجنسها)[7] المماثل له فلا ضمان عليه لإمكان التمييز بالمكيلة.

= بالمدينة، فأوصت إلى رجل فكتب الرجل وصي المرأة إلى ورثتها، فلم يأته منهم جواب، وطلب فلم يأت منهم أحد، ولا خبر، فخرج لرجل حاجاً، وخرج بالنفقة معه ليطلب ورثتها ليدفعها إليهم فضاعت منه في الطريق، قال ضامناً حين أخرجها بغير أمر أربابها، قالوا إنه خرج بها ليطلبهم فيدفعها إليهم، قال مالك: هو عرضها للتلف، ولو شاء لم يخرجها إلا بأمرهم. . . .

(1) الشرح الكبير 3/ 423؛ مواهب الجليل 5/ 278.

(2) النوادر 10/ 432.

(3) في نسخة: «خق»: (حديث قبضه).

(4) النوادر 10/ 429؛ بداية المجتهد 2/ 505.

(5) النوادر 10/ 431.

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) في نسخة: «خق»: (خلطت بجنسه).

والخامس: الانتفاع بها كلبس الثوب، وركوب الدابة (فتهلك)[1] فهو ضامن، واختلف في فروع:

الأول: هل يضمن الوديعة بالنسيان أم لا؟ فيه صورتان: الأولى: أن ينساها في موضع فهل يضمنها أم لا؟ قولان. والثانية: أن ينساها من دفعها إليه، ويدعيها رجلان ففيه قولان: أحدهما: أنه يضمن لكل واحد منهما وهو اختيار الشيخ أبي الحسن[2]، والثاني: أنهما يحلفان، وتقسم بينهما.

الفرع الثاني: هل يجوز استسلاف الوديعة أم لا؟ قولان: الكراهة على المشهور، (والجواز)[3] **لأشهب**[4] إذا كان له مال فيه وفاء، وأشهد بذلك.

الفرع الثالث: إذا تسلفها ثم ردها بعد الانتفاع بها فهل يضمن أم لا؟ قولان عندنا: أحدهما: لا يبرأ من ذلك، لأنها بالاستسلاف صارت ديناً في ذمته. والثاني: أنه يبرأ، لأنها رجعت إلى حكم الأمانة. وقال **(أصبغ)**[5]: إن ردّها بالإشهاد برئ وإلا فلا[6]، وقيل: لا ضمان عليه إلا أن يكون المردود المثل فإن رد العين فلا ضمان عليه.

الفرع الرابع: إذا أودع رجلاً وديعة فخانه، ثم أودعه الخائن، فهل يجوز له أن يجحده ويخون من خانه، فيه خمسة أقوال في المذهب: المنع، والكراهة، والإباحة والاستحباب لما فيه من تخليص ذمته عند الله سبحانه، والجواز إذا لم يكن عليه دين، فإن كان عليه دين لم يجز له أن يجحد إلا مقدار ما يقع في المحاصة.

قوله: «والعارية تمليك منافع العين بغير عوض»: وهو فعل خير

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) التبصرة 3/ 52/و.

(3) في نسخة: «خق»: (والشاذ). والصواب ما أثبته من نسخة: «ش». ينظر: القوانين الفقهية ص246.

(4) النوادر 10/ 433؛ القوانين الفقهية ص246.

(5) في نسخة: «خق»: (أشهب) عوض (أصبغ) والصواب ما أثبته من نسخة: «ش». إذ هو الثابت فقهاً.

(6) النوادر 10/ 433.

ومندوب إليه، والأصل فيها قوله سبحانه: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ۝٧﴾ [الماعون: 7] (وحثهم)[1] على المنع، فدلّ على أن المنحة مرغب فيها، وقد استعار رسول الله ﷺ وقال: (كل معروف صدقة)[2] وقال: (العارية مؤداة)[3] وكل ذلك مبني على قوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ﴾ [المؤمنون: 77]. وثبت جوازه عن السلف قولاً وفعلاً حكاه أئمة الآثار، وهي على قسمين: ما يغاب عليه مما يخفى هلاكه، وما لا يغاب عليه. أما ما لا يغاب عليه فلا ضمان فيه على المستعير عندنا بلا خلاف[4] اعتماداً على قوله ﷺ: (**ليس على المستعير غير المتعدي ضمان**)[5]. وأما ما يغاب عليه فلا يخلو أن تقوم البينة على هلاكه أم لا؟ فإن لم تقم البينة على الهلاك وجب الضمان على المستعير لمكان التهمة اعتماداً على قوله ﷺ: (**عارية مؤداة**) مضمونة، وإن قامت البيّنة على الهلاك فهل يسقط الضمان في هذه الصورة [32/ظ] أو يثبت، فيه قولان: المشهور سقوط الضمان (مع قيام البيّنة اعتباراً بالشهادة، والشاذ الضمان)[6][7] لأن أصله مأخوذ على الضمان[8]. قال **مالك** (في

---

(1) وفي نسخة: «ن»: (وبخهم).
(2) حديث: (**كل معروف صدقة**): صحيح البخاري، باب كل معروف صدقة، حديث (5675) 5/ 2241؛ صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف، حديث (1005) 2/ 697؛ سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب في المعونة للمسلم، حديث (4947) 4/ 287.
(3) حديث: (**العارية مؤداة**): سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في إن العارية مؤداة، حديث (1265) 3/ 565؛ سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في تضمين العرية، حديث (3565) 3/ 296.
(4) المعونة 2/ 1208 ـ 1209.
(5) حديث: (**ليس على المستعير غير المعتدي ضمان**): سنن الدارقطني 3/ 41؛ سنن البيهقي 6/ 91؛ عن عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان وهما ضعيفان. ينظر: نصب الراية 4/ 115.
(6) وهو قول أشهب. ينظر: التفريع 2/ 268؛ الكافي ص407؛ المعونة 2/ 1209؛ المقدمات 2/ 471.
(7) ساقطة في نسخة: «خق».
(8) وبه قال الشافعي، خلافاً لأبي حنيفة الذي يرى أن العارية لا تضمن على كل وجه. ينظر: مختصر الطحاوي ص116؛ مختصر القدوري مع شرح الميداني 2/ 202؛ الأم =

كتاب **محمد**)[1] وما علم أنه هلك بغير سببه فلا ضمان عليه كالسوس في الثوب، وقرض الفأر.

واختلف المذهب إذا اشترط أحدهما نفي الضمان فيما فيه الضمان أو عكسه. هل يعتبر الشرط أم لا؟ قولان: المشهور اعتبار الشرط، والشاذ اعتبار الأصل[2] وقد قال ﷺ: **(من ألزم نفسه شيئاً لزمه)**[3] فعلى مقتضاه الاعتماد.

قوله: «وإن كانت إلى أجل لم يكن للمعير الرجوع فيها إلى انقضاء الأجل»: قلت: العارية على قسمين: مؤجلة، ومبهمة، فالمؤجلة (تبقى)[4] إلى انقضاء أجلها سواء كانت عقاراً، أو حيواناً، أو عروضاً، فإن أعاره عارية مبهمة فهل تحمل إلى أجل المثل أم له الارتجاع في الحال قدمنا فيه قولين[5]، ومن ذلك: أن يعيره أرضاً ليبني فيها، أو يغرسها، فأما قبل فراغ المدة المشترطة أو المعتادة فليس له إخراجه، وأما بعد فراغ المدة المشترطة، فهل له إخراجه، وعليه أن يعطيه ما أنفق [و قيمة ما بنى فيه قولان عندنا. والمشهور من المذهب أن المدة المعتادة كالمشترطة، وأما بعد فراغ كل واحد من المدتين فله الإخراج، وعليه قيمة البناء والغرس مقلوعاً، فإن أبى رب البناء أو الغرس إلا أن يأخذ عين لبنه وأحجاره وشجره، فله ذلك إلا أن تكون مما لا قيمة له بعد النقض فلا يكون للباني فيه قيمة البتة، واختلف المذهب إذا اختلفا في دعوى الرد، فقال المستعير: رددت، وقال المعير: لم ترد. فالقول قوله عند **ابن القاسم** في كل ما لا يصدق المستعير في ضياعه، وأما ما يصدق المستعير في ضياعه فالقول في الرد قوله مع يمينه.

= 3/ 244؛ مختصر المزني ص116؛ الإقناع ص114.

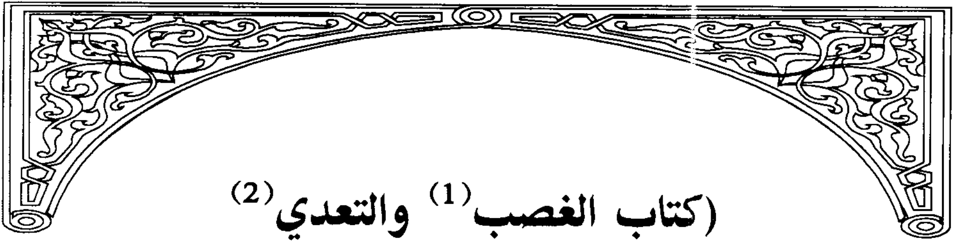
(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) المقدمات 2/ 472 ـ 473.

(3) حديث: **(من ألزم نفسه شيئاً لزمه)**: لم أقف عليه في كتب الحديث، وقد ورد في مدونة مالك 5/ 270؛ بلفظ من المدونة من ألزم نفسه معروفاً لزمه.

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) المشهور في المذهب أنه ليس له الرجوع فيها إلا بعد أن ينتفع المستعير بها انتفاع مثلها خلافاً للشافعي. ينظر: التفريع 2/ 268؛ الكافي ص408؛ مختصر المزني ص116؛ الإقناع ص114.



(كتاب الغصب[1] والتعدي[2] وما يتصل بذلك من الاستحقاق[3])[4]

قال القاضي رحمه الله تعالى: «**كتاب الغصب والتعدي وما يتصل بذلك من الاستحقاق**»: قلت: الغصب وضع اليد العادية، ورفع اليد المالكة على وجه القهر. وهو محرم بالكتاب والسنّة والإجماع. أما الكتاب فقوله سبحانه: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظۡلِمُونَ ٱلنَّاسَ وَيَبۡغُونَ فِي ٱلۡأَرۡضِ بِغَيۡرِ ٱلۡحَقِّۚ﴾ [الشورى: 42]. وقال تعالى: ﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [البقرة: 188] والآيات الدالة على تحريمه كثيرة، وقال ﷺ: **(إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا)**[5]. وانعقد الإجماع على تحريم الغصب، وأخذ المال بغير حقه مطلقاً، فإذا ثبت هذا تعين اتباع لفظ القاضي رحمه الله: «**ومن أتلف مالاً لغيره ظلماً لزمه بدل ما أتلف**» وهذا كما ذكره

---

(1) الغصب لغة: أخذ الشيء ظلماً وقهراً وهو في الاصطلاح: أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا لخوف قتال. ينظر: الصحاح 1/ 194؛ المصباح المنير 2/ 448؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 466.

(2) التعدي هو التصرف في الشيء، بغير إذن ربه قصد تملكه. ينظر: حدود ابن عرفة 2/ 468.

(3) الاستحقاق: لغة إضافة الشيء لمن يصلح به، وله فيه حق، وفي الاصطلاح: رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله، أو حرية كذلك بغير عوض. ينظر: حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع 2/ 470؛ الشرح الصغير للدردير 2/ 221.

(4) في نسخة: «غ»: (باب التعدي والاستحقاق والغصب وما يتصل بذلك).

(5) حديث: **(إن دماءكم وأموالكم...)**: صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، حديث (1218) 2/ 89؛ سنن أبي داود، كتاب المناسك، باب صفة حجة الرسول ﷺ، حديث (1905) 2/ 185؛ سنن ابن ماجه، كتاب المناسك، باب حجة الرسول ﷺ، حديث (3074) 2/ 1025.

إلا أن قوله ظلماً لا معنى له[1]، لأن الغرم واجب عليه على كل حال سواء كان الإتلاف ظلماً أو تأويلاً أو خطأ. فتقيده بخصوصية الباب لا بخصوصية الحكم. وأطلق القاضي القول في التلف عموماً فقال: «ومن أتلف» فدخل في عموم لفظه المكلف وغير المكلف، ولا شك أن حكم المكلف ظاهر في الغرامة والعقوبة. أما الغرامة فقد فسّرها القاضي. قال علماؤنا: ويعاقبه الإمام على قدر اجتهاده بما يراه من أدب أو سجن إن كان مكلفاً، وأما غير المكلف فيؤدب كما يؤدب الصبي في المكتب[2].

واختلف المذهب في الصغير الذي لا يعقل إذا تلف على ثلاثة أقوال: أحدهما: الأموال هدر، والدماء على العاقلة. والثاني: الأموال والدّماء هدر كالعجماء، لأنه غير مكلف. والثالث: أن الأموال لازمة في ماله، والدماء على عاقلته[3]، وكذلك الجراحة إذا كانت الثلث فصاعداً، وسواء كان التلف بمباشرة المتلف كالقتل والأكل والإحراق والهدم، أو بتسببه مثل: أن يفتح قفصاً فيطير منه طائر، أو يحفر بئراً في محل (عام)[4] فيهلك فيه هالك، أو يحل دابة من ربطها، فتذهب. أو عبداً مقيداً فيهرب، فيضمن في جميع ذلك، واختلف المذهب في فروع من هذا النمط، إذا فتح باب دار فيها دواب، فذهبت فهل يضمن أم لا؟ فيه خلاف عندنا، فقيل: هو ضامن مطلقاً، وقيل: إن كان في الدار أربابها لم يضمن، وإن لم يكونوا فيها ضمن. وقال **أشهب**: إن كانت الدواب مسرحة ضمنها، وإن كان رب الدار فيها، ثم قسم القاضي البدل قسمين: مثل، وقيمة، فالمثل في المكيل والموزون والمعدود كالبيض

---

(1) لعل المراد بقوله: «ظلماً» أن لا يكون بحق، فيشمل ما إذا أتلفه عمداً أو خطأ.

(2) المقدمات 2/ 490.

(3) قال ابن رشد: واختلف إن كان صغيراً لا يعقل فقيل إن ما أصابه من الأموال والديات هدر كالبهيمة العجماء التي جعل رسول الله ﷺ جرحها جبار، وقيل إن ما أصابه من الأموال في ماله وما أصابه من الدماء حملته العاقلة، إن كان الثلث فصاعداً كالخطأ سواء، وقيل إن ما أصابه من الأموال هدر، وما أصابه من الدماء حملته العاقلة إن بلغ الثلث. ينظر: المقدمات 2/ 491.

(4) في نسخة: «خق»: ما يشبه كلمة (عدوان) وفي نسخة: «خق»: (طمس). ولعل الصواب ما أثبته.

والجوز ونحوه، والقيمة في العروض والحيوان (عندنا خلاف **للشافعي وأبي حنيفة** حيث أوجبوا في العروض والحيوان)[1] المثل[2] لا القيمة، إلا أن يعدم المثل والمعتمد لنا قوله ﷺ: **(من أعتق شركاً في عبد قوم عليه قيمة عدل)**[3] الحديث. عدل النبي ﷺ عن المثل إلى القيمة بياناً للواجب، واعتمد الآخرون على مأخذين:

الأول: قوله سبحانه: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: 95].

والثاني: قوله ﷺ: **(قصعة بقصعة)**[4] الحديث، وهو ثابت في الصحيح، وجعله أصحابنا من قضايا الأعيان المخصوصة بمحالها، مع أن قضية القصعة وقع فيها التراضي، وإنما الخلاف في المشاحة والمخالفة، وقد قيل: إن القصعتين للنبي ﷺ لأنه رب البيتين وإنما قال ذلك تطبيباً للنفوس [33/و] لا حكماً جزماً. وههنا فروع تتعلق بما ذكرناه.

الأول: الحلي هل هو من ذوات الأمثال، أو من ذوات القيم فيه قولان عندنا[5]. **الثاني**: (الغزل هو من ذوات الأمثال، أو من ذوات القيم، قولان عندنا. والثالث)[6]: إذا تعذر المثل في ذوات المثل فقولان: الأول: أنه يصبر حتى يوجد، وليس له إلا ذلك، وهو قول **ابن القاسم**، وقال **أشهب**:

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».

(2) مختصر الطحاوي ص177؛ مختصر المزني ص117.

(3) حديث: **(من أعتق شركاً في عبد عليه قيمة عدل)**: صحيح البخاري، كتاب الشركة، باب الشركة في الرقيق، حديث (2369) 2/ 885؛ صحيح مسلم، كتاب العتق، باب من أعتق شركاً له في عبد، حديث (1501) 3/ 1286؛ سنن أبي داود، كتاب العتق، باب من روى أنه يستسعي، حديث (3940) 4/ 24؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب الشركة بغير مال، حديث (4698) 7/ 319؛ سنن ابن ماجه، كتاب العتق، باب من أعتق شركاً له في عبد، حديث (2528) 2/ 844.

(4) حديث القصعة: صحيح البخاري، كتاب المظالم، باب إذا كسر قصعة، حديث (2349) 2/ 877؛ سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء، حديث (1359) 3/ 640.

(5) التبصرة 3/ 98/ ظ.

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

هو مخير بين الصبر، أو يأخذه (بالقيمة)[1] الآن.

الفرع الرابع: إذا كان المغصوب حيواناً فوجده ربه بيد الغاصب (فله أخذه في كل مكان إذ هو غير محتاج إلى النقل، فإن كان مما يحتاج إلى النقل والتحويل فوجد ربه الغاصب)[2] في غير بلد الغصب لم يكن لربه أن يأخذه إلا بالمثل في مكان الغصب هذا هو المشهور، والثاني: أن ربه مخير بين أخذه العين في المكان الذي وجده فيه أو المثل في مكان الغصب وهو قول **أشهب**، والثالث: أنه إن كان الموضع بعيداً فالقول قول الغاصب، وإن كان قريباً فالقول قول ربه حملاً على الظالم وهو قول **أصبغ**[3] قال **أصبغ**: وبيع الطعام المغصوب قبل قبضه جائز كالقرض فلو غصبه طعاماً، واتفقا على أن يأخذ ربه ثمناً نقداً جاز، ولو أخذ طعاماً يخالفه لم يجز، لأنه ربا[4].

قوله: «والاعتبار في القيمة في حال الجناية» وهو كما ذكره، لأن الجناية عليه هي المتلفة المقصود منه، فلذلك اعتبرت القيمة يوم الجناية، وقيل يوم الحكم، وقيل: المعتبر أقصى قيمته يوم الغصب إلى يوم التلف[5].

واختلف المذهب فيمن أتلف سلعة وقفت على ثمن معلوم متقدر، هل يضمن المتلف القيمة وهو قول سحنون، أو الثمن الذي توقفت عليه وهو في العتبية، أو الأكثر منهما قول **عيسى بن دينار**.

قوله: «ثم الجناية ضربان: منها ما يبطل قدراً من المنفعة دون جلها» إلى آخره وهذا كما ذكره. أما ما لا يفيت المقصود ففيه ما نقص، وأما ما يفيت المقصود فقد اختلف الفقهاء فيه فقال **مالك**: ربه بالخيار[6] كما ذكره

---

(1) في نسخة: «خق»: (قيمته).

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) المقدمات 2/ 492 ـ 493.

(4) النوادر 10/ 319 ـ 320.

(5) قال القاضي عبد الوهاب: والقيمة المعتبرة يوم التعدي والجناية، لا يوم الحكم، لأن الحكم معلق بذمته بالتعدي لا بالحكم، ومطالبة الحاكم إنما هي بأمر قد تقدم وجوبه، وإنما ينكشف بالحكم بمقدار ما اشتغلت به ذمته. ينظر: المعونة 2/ 1213.

(6) يعني إن شاء أخذ ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً، وإن شاء ما أسلمه وأخذ قيمته. =

القاضي، وقال **أبو حنيفة**[1] **والشافعي**[2]: الواجب فيما يفيت المقصود ما بين القيمتين، والمعتمد أنه لما أتلف المقصود منه صار في المعنى كتلف العين، إذ لا مقصود من الأعيان إلا المنافع.

وقسم الشيخ **أبو الحسن اللخمي** (التعدي إلى قسمين)[3] يسير وكثير[4]، وكلاهما على قسمين مبطل للغرض المقصود، وغير مبطل، فلا يضمن التعدي باليسير الذي لا يبطل الغرض، فإن كان ثوباً رفاه، وإن كانت قصعة أصلحها، وعليه غرم ما نقصها العيب بعد الإصلاح، وأما اليسير المتلف للغرض فيه قولان قيل: يضمن قيمة الجميع إلا أن يشاء ربه أخذه، وأخذ قيمة النقص، والشاذ أنه ليس عليه إلا قيمة النقص فقط، ويجبر على ذلك من أباه منهما، والكثير الذي لم يتلف المقصود كاليسير والكثير المتلف للمقصود يوجب ضمن الجميع إلا أن يشاء ربه أخذ العين، وقيمة النقص فله ذلك.

قوله: «إما مشاهدة (وإما)[5] عادة»: أشار بالأول إلى قطع يده، أو كسر رجله، والثاني: إلى الركوب الذي يراه للجمال بقطع ذنبه أو أذنيه.

قوله: «ثم المغصوب مضمون باليد» وهذا كما ذكره عام في سائر المغصوبات عندنا سواء كانت مما ينقل ويحول أم لا؟ كالعقار[6]. وقال **أبو حنيفة**[7]: لا يضمن العقار بوضع اليد، وإنما يضمنه الغاصب، بأن يجني عليه بهدم أو فساد، والمعتمد لنا أن الغصب سبب للضمان فلا فرق بين (العقار)[8] وغيره.

= ينظر: بداية المجتهد 2/ 517.

(1) مختصر الطحاوي ص117.

(2) مختصر المزني ص117.

(3) ساقطة في نسخة: «ش».

(4) التبصرة 4/ 91/ ظ.

(5) في نسخة: «غ»: (أو).

(6) التفريع 2/ 274؛ الكافي ص428.

(7) مختصر الطحاوي ص118؛ مختصر القدوري 2/ 189.

(8) في نسخة: «ش»: (الغاصب).

قوله: «**وهو مضمون بقيمته يوم الغصب**» وهذا كما ذكره[1] لأن بالغصب قد تعلق بذمته.

قوله: «**ثم لا يخلو رده من ثلاثة أحوال**»: إما أن يرده ناقصاً في بدنه، أو زائداً فيه، أو على الحال الذي غصبه عليها، فإن رده زائداً ألزم مالكه أخذه، فإن زاد عنده بسمن أو غيره، ثم ذهبت الزيادة، ورجع إلى حاله حين الغصب فلا ضمان على الغاصب عندنا[2]. وقال **الشافعي**: يرد إرش الزيادة[3] والمعتمد لنا أن العين المغصوبة رجعت إلى الصفة التي غصبت عليها، فيسقط عنه الضمان أصله إذا بقي على حاله، لم يزد (عليه)[4] شيء فإن ردّه ناقصاً، فقد ذكرنا أن النقص على قسمين: يسير، وكثير. قال **مالك** في رجل أفسد لرجل ثوباً فإن كان الفساد يسيراً رأيت أن يرفوه، ثم يغرم ما نقص العيب بعد الفرو، وإن كان كثيراً أغرمته قيمته يوم أفسده. قال **ابن القاسم**: فإن قال رب الثوب: لا أسلمه، وكان الفساد كثيراً، ولكنه اتبعه بما أفسد فذلك له، قال **ابن القاسم**[5]، ولقد كان مالك دهره يقول لنا في الفساد: يغرم ما نقصه، ولا يقول يسير ولا كثير حتى وقف بعد فقال: هذا القول في الفساد الكثير[6].

تنبيهات: في ثمانية أبي زيد في الفرس الجميل تفقأ عينه، أن عليه (قيمة)[7] ما نقصه العيب، وإن فقأ عينيه معاً ضمن قيمة جميعه إلا أن يشاء ربه أخذ قيمته[8]، ولو ضرب (ضرع)[9] بقرة لا تراد إلا للبن فأفسد ضرعها ضمن قيمتها، واختلف إذا فقأ عيناً، أو قطع يداً ففي المجموعة عن **مالك** أنه

(1) يعني أن الشيء المغصوب إذا كان موجوداً بذاته، فإنه يرد بذاته، وأما إذا تلف فعليه القيمة يوم الغصب.
(2) التفريع 2/ 276 ـ 278؛ الكافي ص428.
(3) الأم 3/ 246؛ مختصر المزني ص117؛ الإقناع ص114 ـ 115.
(4) في نسخة: «خق»: (فيه).
(5) المدونة 14/ 314؛ النوادر 10/ 332.
(6) المدونة 14/ 341.
(7) ساقطة في نسخة: «ش».
(8) التبصرة 3/ 92/ و.
(9) في نسخة: «خق»: (بطن).

يضمنها. وقال **ابن القاسم**: في العين الواحدة (والإصبع الواحدة)[1] عليه قيمة النقص، وفي كتاب [33/ظ] **ابن حبيب** إن كان صانعاً فعليه قيمة النقص[2]، وقد ذكرنا أنه إذا قطع ذنب بغلة القاضي[3] أو من في معناه أو أذنيها، أو رماها فعرجت أنه يضمن جميعه. وعن **مالك** أنه لا يضمن إلا قيمة النقص فقط، وقيل: يضمن الجميع[4]، إذ فساد الأذنين بخلاف الذنب، فيضمن فيه قيمة النقص فقط، وقع ذلك في كتاب **ابن حبيب** لأن العيب في الأذنين أفحش، ولو حلق رأس محرم مكرهاً أطعم عنه لأنه أدخله في ذلك، فإن كان فقيراً افتدى المحرم ورجع على الحالق إذا أيسر، ويغرم الجارح أرش الطيب ولا يرجع به إن برأ على غير شين، (وقيل: لا شيء على الجارح من أجر الطبيب، وهو على المجروح، فإن برئ على غير شين)[5] لم يكن على الجارح شيء.

قوله: «فإن كان من قبل الله تعالى لا يفعل من الغاصب لم يكن للمالك اتباع الغاصب بشيء من (قبله)[6]» وهذا كما ذكره، لأن الغاصب كان ضامناً لها يوم الغصب فحدث العيب من قبل الله سبحانه على أصل مضمون فيبقى على أصله، فإن اختار المالك أخذ العين فقد رضي بعيبها، وإن لم يرض سلمها، ورجع بالقيمة وليس له التمسك وأخذ (إرش العيب)[7]، إذ ليس لغاصب في ذلك أثر، فإن كانت الجناية يفعل من الغاصب فقولان. قال **ابن القاسم**: ربه بالخيار بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يأخذه وما نقصته الجناية. وقال **سحنون**: المعتبر ما نقصته الجناية يوم الغصب. وقال **أشهب**: بالخيار بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يأخذه ناقصاً، ولا شيء له في

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) النوادر 10/ 337.
(3) وقد أشار القاضي عبد الوهاب في إشرافه 2/ 44: إلى أن التمثيل بقطع ذنب حمار القاضي إنما هو من السفهاء وقصد الهزل، والتهاتر بالدين والله أعلم.
(4) حاشية العدوي 2/ 371.
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) في نسخة: «ش»: (ذلك).
(7) في نسخة: «خق»: (الأرش).

الجناية وهو قول **ابن المواز**[1].

قوله: «ولا ضمان على الغاصب في زيادة إن طرأ عنده، ثم (تلفت)[2] في بدن أو قيمة»، وهذا تنبيه على خلاف **الشافعي**[3]، وقد ذكرناه.

قوله: «ولا له في ردّه زيادة قيمة (بتعليم)[4] صنعة، أو حوالة سوق»[5]: وهذا هو المشهور. وقال **ابن القاسم**: إذا غصب ثوباً فصبغه فربه بالخيار بين أن يأخذ قيمته يوم الغصب، وبين أخذ الثوب[6]، ثم إذا أخذه فهل يدفع للغاصب قيمة الصبغ أم لا؟ قال **(أشهب)**[7]: لا شيء له في الصبغ[8]، وقال غيره: يدفع له قيمة الصبغ، وإن نقصه الصبغ، فله أخذ قيمته يوم الغصب، أو أخذه بغير أرش، ولو غصب طيناً فضربه لبناً رجع عليه بمثل الطين، وإن غصب شاة فذبحها فلربها أخذها مذبوحة، وما نقصها الذبح، ولو ذبحها وشواها ضمن لربها قيمتها، ولو غصب نقرة فصاغها حلياً ضمن مثلها، ولا شيء له غير ذلك على الأشهر[9]. وقال **ابن الماجشون**: له أخذ العين في ذلك كله[10] لأن الظالم أولى ما حمل ويرجع عليه بما زَادَهُ، فعله فيها إذا تبينت الزيادة، ولو غصب زيتاً فخلطه بمثله صار شريكاً بمكيلته، وإن خلطه بأدنى منه فهو فوت، وعلى الغاصب مثله، واختلف المذهب في حوالة السوق، وفي هذا الباب هل هي فوت أم لا؟ مثل أن تكون قيمته يوم الغصب ألفاً، ثم عاد إلى خمسمائة، والمشهور أنه لا التفات إلى ذلك، وليس له إلا

---

(1) المعونة 2/ 1216؛ المقدمات 2/ 491؛ بداية المجتهد 2/ 216.

(2) في نسخة: «غ»: (تلف).

(3) الأم 3/ 246؛ مختصر المزني ص114؛ الإقناع ص114 ـ 115.

(4) في نسخة: «ق»: (بتعلم).

(5) المقصود بحوالة السوق هو تغيرها بالغلاء أو الرخص.

(6) التفريع 2/ 281؛ امقدمات 2/ 495.

(7) في نسخة: «خق»: (أصبغ) عوض (أشهب) وما أثبته من نسخة: «ش»: هو الصواب. ينظر: بداية المجتهد 2/ 516.

(8) بداية المجتهد 2/ 518.

(9) المدونة 14/ 365؛ عيون المجالس 4/ 1747.

(10) النوادر 10/ 324.

العين. وذكر **ابن شعبان** عن **ابن وهب وأشهب وعبد الملك**، أن على الغاصب أرفع القيم[1]، وللمغصوب منه أن يأخذه بذلك، إذا هلك، لأن عليه أن يرده كل وقت، قال: وكذلك إن كانت قيمته خمسين، ثم بلغت ألفاً، ثم عادت إلى خمسين فالقيمة عندهم أرفع القيم.

قال الشيخ **أبو الحسن اللخمي**: «يجعله أرفع القيم مع وجود العين أو عدّهم، قال: وأرى (أن العبد)[2] إن كانْ عبد قنية فله عبده لا غير، وإن كان للتجارة لزمه أرفع القيم»[3]. وقال **مالك**: في الغاصب والسارق إذا حبسه عن أسواقه ومنافعه، ثم ردّه بحاله لم يكن لربه أن يضمنه، وإن كان مستعيراً، أو متكارياً ضمن قيمته. قال **ابن القاسم**: لولا ما قاله **مالك** لجعلت على السارق مثل ما أجعل على المتكاري وأضمنه القيمة إذا حبسها عن أسواقها[4].

قوله: «ولا أجرة على الغاصب في المدة التي (حبس)[5] فيها العين المغصوبة» وهذا كما ذكره[6] لأنه إنما غصب الرقبة فوجبت (عليه) قيمتها بالغصب. وقال **مطرف، وابن الماجشون، وابن عبد الحكم، وأصبغ**: من غصب داراً فأغلقها، أو أرضاً فبورها، أو دابة فوقفها عليه الإجارة، لأنه منعه ذلك.

قوله: «فأما إن انتفع به، أو اغتل ففيه خلاف» وهذا كما ذكره[7]، وفي

---

(1) الإشراف 2/ 45؛ المقدمات 2/ 491 ـ 492، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن له أخذها وإرشها مع ما نقص من الزيادة التي كانت حدثت عند الغاصب. ينظر: مختصر الطحاوي ص117؛ الهداية 4/ 343؛ روضة الطالبين 5/ 43؛ الإنصاف 6/ 157.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) التبصرة 4/ ق 92.

(4) المدونة 14/ 358؛ التاج والإكليل 5/ 282.

(5) في نسخة: «غ»: (يحبس) وفي نسخة: «ق»: (تحبس) وما أثبته من نسختي: «خق» و«ش».

(6) وهو المشهور في المذهب قال الدردير: فإذا لم يستعمله أي الغاصب، فلا شيء عليه ولو فوّت على ربه استعماله إلا إن أنشأ من غير استعمال كلبن وصوف. ينظر: شرح الصغير 4/ 92. وبه قال الشافعي. ينظر: الأم 3/ 247؛ مختصر المزني ص117.

(7) الفواكه الدواني 2/ 245.

المذهب في هذه المسألة خمسة أقوال[1]. فروى **أشهب وعلي بن زياد** عن **مالك** أنه يغرم الغلة أي صنف كان المغصوب اعتماداً على قوله ﷺ: **(ليس لعرق ظالم حق)** وذكر القاضي **أبو الحسن بن القصار** عن **مالك** رواية أنه لا يغرم مطلقاً عكس الرواية الأولى اعتماداً على قوله ﷺ: **(الخراج بالضمان)** والرواية الثالثة (أنه)[2] يغرم غلة الرباع والغنم والإبل، ولا يغرم غلة العبيد والدواب، وهي إحدى روايتي **ابن القاسم** عن **مالك** قال [34/و] (أيضاً)[3]: يغرم ما استغل، ولا يغرم ما استعمل. وقال **ابن المعدل**: يغرم غلة ما لا يسرع إليه كالدور والأرضين، ولا يغرم ما يسرع ذلك إليه[4]، لأن الديار مأمونة فكأنه لم يضمن شيئاً بخلاف غير المأمون فيسقط عنه الكراء فيه من أجل ضمانه له، ومدار المسألة على التردد بين مفهوم الحديثين، والتفريقات استحسانات. قال **ابن حبيب**: إذا باع الغاصب أو وهب غرم الغلة التي اغتل المشتري والموهوب له، فإن كان الغاصب معسراً رجع (به)[5] على الموهوب له إن كان حياً، وعلى وارثه إن كان ميتاً، لم يرجع على المشتري[6].

فرع: إذا حكمنا على الغاصب (برد الغلة)[7] فهل يرجع بما أنفق على العبد والدابة وغيرها من علف، وسقى، وعلاج أم لا؟ فيه ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يرجع بذلك لقوله ﷺ: **(لا ضرر ولا ضرار)**. والثاني: أنه لا

---

(1) ينظر: بعضها في المعونة 2/ 1217.

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) في نسخة: «ش»: (أصبغ) ولعل الصواب ما أثبته من نسخة: «خق». وهي إحدى روايتي ابن القاسم.

(4) التبصرة 3/ 95/و، قال اللخمي: وذكر أبو الحسن بن القصار عنه قال لا شيء عليه أي صنف كان المغصوب ديار المغصوب ديار أو عقار أو غيرهما، قال انب القاسم: عنه يغرم غلة الرباع والغنم والإبل ولا يغرم غلة العبيد والدواب، وقال أيضاً: يغرم ما استغل، ولا يغرم ما استعمل، وقال ابن المعدل: يغرم غلة ما لا يسرع إليه، التغيير كالديار والأرضين والنخل، ولا يغرم غلة ما يسرع إليه التغيير كالعبيد والحيوان...

(5) في نسخة: «خق»: (ربه).

(6) التبصرة 3/ 95/ ظ.

(7) في نسخة: «خق»: (بحكم الغلات).

شيء له لقوله ﷺ: **(ليس لعرق ظالم حق)**. والثالث: أنه إن كان ربه ممن يلي هذه الأمور بنفسه لم يرجع عليه الغاصب بشيء، وإن كان ممن يحتاج فيه إلى استئجار رجع عليه الغاصب فيما تولاه بإجارة المثل، لأنه صون ماله[1]، وكذلك إذا أنفق على ما لا غلة له كالصغير الذي لا يبلغ الخدمة، أو الدابة التي لا يمكن ركوبها، فهل يرجع على صاحبها بشيء من النفقة أم لا، قولان[2].

واختلف المذهب أيضاً فيمن غصب خراباً فأصلحه واغتله هل للمغصوب منه جميع الغلة، أو قدر ما ينوب الأصل قبل الإصلاح قولان عندنا[3].

قوله: «وإذا غصب ساجة[4] وبنى عليها لزمه ردها، وإن تلف بناؤه»: والساجة: الخشبة ونبّه بهذه المسألة على خلاف أبي حنيفة حيث قال: لا يقلع الخشبة ولصاحبها قيمتها[5] لقوله ﷺ: **(لا ضرر ولا ضرر) والمعتمد لنا قوله ﷺ: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس)** وقوله ﷺ: **(على يد ردّ ما أخذت)**[6].

قوله: «وإن أدرك المالك الأرض وفيها زرع للغاصب فله قلعه إلا أن يكون وقت الزرع قد فات» وهذا كما ذكره، أما إذا لم يفت أبان الزراعة فلمالك الأرض أن يقول: أنا أزرع أرضي، ولا أخذ منه بدلاً، وأما إذا فات

---

(1) التبصرة 3/ 95/ ظ.

(2) التبصرة 3/ 96/ و، قال اللخمي: وإن كانت النفقة على ما لا غلة له كصغير لم يبلغ الخدمة، أو دابة لم تبلغ أن تركب فأنفق عليه الغاصب على صاحبه شيء من تلك النفقة هذا قول ابن القاسم، وعلى قول أصبغ تكون له النفقة، لأن ذلك مما لا يمكن للمغصوب منه يد.

(3) الجواهر الثمينة 3/ 745؛ التاج والإكليل 5/ 282.

(4) الساجة: مفردة الساج وهو خشب يجلب من الهند، وهو شجر عظيم طولاً وعرضاً. ينظر: لسان العرب 2/ 303.

(5) التفريع 2/ 277؛ الكافي ص432.

(6) مختصر الطحاوي ص117 ـ 118؛ مختصر القدوري مع شرح الميداني 2/ 192 ـ 193.

إبان الزراعة ففيها روايتان[1] أحدهما: أن له قلعه لقوله ﷺ: **(ليس لعرق ظالم حق)**[2] والآخر: أن ليس له قلعه، وله على الغاصب كراء الأرض لقوله ﷺ: **(لا ضرر ولا ضرار)**.

قوله: «وإذا وجد المغصوب بعد أخذ قيمته كان للغاصب إلا أن يكون أخذاه» وهذا كما ذكره[3] لأن القيمة قد أوجبها الحكم وقيل (لربه)[4] الرجوع إلى أخذ العين، وأما إذا أخفاها الغاصب قاصداً الرفع للقيمة فلا خلاف أن ربه أحق به، ثم ذكر تضمين فاتح القفص، وقد تقدم أن المسبب في هذا كالمباشر، ثم ذكر الخلاف في قيمة ما لا يحل بيعه كالخمر والخنزير، وفيه قولان مشهوران[5].

فصل

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«ومن ابتاع أمة فأولدها، ثم استحقت (فولدها)[6] حر»**.

وهذه المسألة قد اختلف فيها قول **مالك**، ونزلت به حين استحقت أم ولده إبراهيم[7]. وتحصيل القول في ذلك: أن الولد بلا خلاف ليس للمستحق أخذه البتة، لأن الواطئ وطئ بوجه صحيح معتقد الملك فدخل على حرية ولده مستنداً إلى أصل الملك، فلا كلام في ذلك[8]، وهل للمستحق عن الولد قيمة أم لا؟ قولان. عن **مالك** أحدهما: أنه يأخذ قيمته لأنه ولد أمة أخذها

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) التفريع 2/ 279؛ الكافي ص432.
(3) المعونة 2/ 1221؛ خلافاً للشافعي. ينظر: مختصر المزني ص118 ـ 119؛ المهذب 1/ 367.
(4) في نسخة: «خق»: (لزمه).
(5) التفريع 2/ 279؛ الكافي ص432؛ النوادر 10/ 356؛ وهو قول الشافعي. ينظر: مختصر المزني ص119؛ الإقناع ص116.
(6) في نسخة: «غ»: (بولده). والأولى ما أثبته من باقي النسخ.
(7) وقيل أم ولده محمد. ينظر: حاشية الدسوقي 3/ 67ط؛ مواهب الجليل 5/ 302.
(8) بداية المجتهد 2/ 428؛ القوانين الفقهية ص220.

فلما تعذر أخذه شرعاً وجب الانتقال إلى قيمته. والثاني: أنه لا يأخذ قيمته، وهو الذي رجع إليه **مالك**، واستقر عليه قوله اعتماداً على ما ذكرناه من أنه مستند إلى أصل الملك، وأنهم ولدوا في ضمان الأب بعد ثبوت حرمة الأم، ووجوب قيمتها عليه، وأما الأم فهل له أخذ عينها أم ليس له إلا قيمتها فيه أيضاً قولان. عن **مالك**[1] أحدهما: أن له أخذ عينها قياساً على رد عتقها لأنه غير (**مالك**)[2] في نفس الأمر حقيقة. والثاني: أنه يأخذ قيمتها، وإليه رجع **مالك** حين نزلت به (وبه أخذ)[3] **ابن كنانة، وابن أبي حازم، وابن دينار، وابن الماجشون، والمغيرة،** اعتباراً بولدها لما ذكرناه من مراعاة أصل الملك. وفصل الشيخ أبو الحسن اللخمي فقال: إن كان الأب ممن له قدرة فعليه لمستحقها قيمتها، ويجبر على ذلك من أباه، وإن كان لا قدر له أخذ مستحقها عين الأمة لا قيمتها[4]، وإذا أوجبنا القيمة، فمتى تكون، ثلاثة أقوال:

الأول: أنها تجب يوم الحمل. **والثاني**: أنها تجب يوم الولادة. **والثالث**: أنها تجب يوم الحكم[5]، واختلف في فروع تتعلق بذلك:

الأول: إذا رضي المستحق بأخذ القيمة، وأراد الواطئ تسليمها فهل يجبر الواطئ على دفع القيمة أم لا؟ قولان عندنا: أحدهما: أن الوطء لا يجبر على دفع القيمة وهو قول **أشهب**، والثاني: أنه يجبر على ذلك، والقول قول المستحق وهو قول **ابن القاسم**. وفصّل الشيخ **أبو الحسن اللخمي** فقال: إن كان الولد حياً، وعليه في تسليمها معرة أجبر الأب على دفع القيمة، وإن كان الولد ميتاً أو ممن لا قدر له لم يجبر[6].

الفرع الثاني: إذا استحقت الأمة [34/ظ] في هذه الصورة وهي حامل جرى فيها ما تقدم من الأقوال، وإن قلنا: أن المستحق أخذ عين الأمة أخّرت

(1) المعونة 2/ 1222.
(2) في نسخة: «خق»: (مكلف).
(3) في نسخة: «ش»: (قال).
(4) التبصرة 4/ 94/ و.
(5) التبصرة 3/ 20/ ظ.
(6) التبصرة 4/ 94/ و.

حتى تضع حملها فيأخذها حينئذ ويجري في الولد ما تقدم من الخلاف، وإن قلنا: إنه يأخذ قيمتها فقط، وليس له أخذ عينها أخذ قيمتها على ما هي عليه، ولا ينتظر الوضع.

الفرع الثالث: إذا ماتت الأم قبل المحاكمة فالصحيح أن القيمة لا تسقط، وتكون على حكم أم الولد من يوم الحمل على أحد الأقوال وعلى (القول الآخر)[1] أنها معتبرة يوم الحكم ينبغي سقوطها، وهو تخريج المتأخرين.

الفرع الرابع: إذا أوجبنا على الأب قيمة (الأمة) فكان معسراً اتبعه المستحق بقيمتها متى أيسر وهل يلزم الولد أن يدفع للمستحق قيمة نفسه إن كان أبوه معسراً أم لا؟ قولان عندنا. قال **ابن القاسم**: يغرم قيمة نفسه، ولا يرجع على الأب إن أيسر[2]. وقال **أشهب**: لا شيء على الابن، لأن حريته مقتضى الأحكام، وهل يقوم الولد بما له أم لا يعتبر ماله في القيمة قولان حكاهم الشيخ **أبو الحسن**. ففي العتبية عن **ابن القاسم يقوم الولد بغير مال، وقال (المغيرة)**[3] والمخزومي: يقوم بماله، فإن كانا معسرين اتبع المستحق أولاهما أيسر بقيمة الأمة[4]. قال في الكتاب: وإن كانا مليين فذلك على الأب، ولا يرجع به الأب على الولد، وهذا الذي ذكرناه فيما إذا وطئها بالملك فولدت، ثم حدث الاستحقاق فإن كان الولد من زنا فلا خلاف أنه رقيق، فللمالك أخذه، وأخذ الأم، وإن كان وطئها بنكاح وهو عالم أنها أمة فكذلك أيضاً لأنه بتزوج الأمة دخل على رق الولد، إذ الولد للفراش إجماعاً، فإن غرت الأمة من نفسها وتزوجها على أنها حرة فإذا هي رقيق فولدت فلا خلاف أن الولد حر، لأنه دخل على ذلك، وعليه قيمته لسيد الأمة، وللسيد أخذها، لأن غرورها لا يزيل ملكه عنها[5]. وحكى الشيخ **أبو القاسم بن**

---

(1) في نسخة: «ش»: (الأقل) كذا.
(2) المدونة 14/ 385.
(3) ساقطة في نسخة: «ش».
(4) التبصرة للخمي 4/ 103/ و.
(5) المدونة 2/ 123؛ الكافي ص433.

الجلاب أنه ليس لسيدها إلا قيمتها[1]، وهذا الذي ذكرناه من وجوب قيمة الولد إنما يتصور إذا كان ممن لا يعتق على المستحق، فإن كان الواطئ ابناً أو أباً ممن يعتق ولده على المستحق فهل يلزمه قيمة الولد أم لا؟ قولان. الجمهور على أن لا رجوع له بقيمة الولد على الواطئ لأنه إذا وجب عليه عتقه كان أخذ القيمة عنه غير جائز، ويرجع بالصداق على من غرّه لما في ذلك من التفرقة عليه ولا يرجع بقيمة الولد إذا أخذت منه على من غرّه، لأن الغرر لم يتعلق بالولد، وإنما يتعلق بالاستمتاع.

قوله: «ولا يلحق النسب بالغاصب»: قلت: وهذا كما ذكره، لأنه زان، وقد تقدم حكمه، ثم ذكر مسألة من بنى أرضاً أو غرسها، ثم جاء مستحقها، وفصل القول في ذلك تفصيلاً حسناً جارياً على المذهب. فأما الغاصب مخيّر كما ذكره القاضي بين أن يأمر الغاصب بالقلع، أو يدفع له قيمة ذلك مقلوعاً، لأن عرق الغاصب لا حرمة له، إذ هو عرق ظالم، ولا مقال للغاصب إذا قال أريد عين مالي ولا أريد قيمته، لأن المالك يقول: لا أدعك توعر أرضي بتخريبها وقلع غراساتها[2] فرجح قول المالك على قول الغاصب، وإنما وجبت قيمته مقلوعاً، لأن تبقيته (غير مستحقة)[3] عليه.

قوله: «بعد حط أجرة القلع» هو كما ذكره لأن على الغاصب تسليم الأرض إلى المالك فارغة كما كانت حين الغصب، والمشتري من الغاصب العالم فإنه غاصب، فإن كان الباني قد بنى أو غرس بوجه شبهة بدأ المستحق بالخيار لكونه أقوى سبباً فيعطي المستحق للباني قيمة بنائه قائماً بخلاف الغاصب، لأن الغاصب متعد في البناء، وهذا بنى بشبهة وإذا بذل القيمة لزم الباني أخذها، لأن الضرر قد زال عنه بأخذ القيمة، فإن أبى الثاني من أخذ القيمة انتقل الخيار للمستحق، فإن أبيا كانا شريكين كما ذكره القاضي.

---

(1) التفريع 2/ 283 ـ 284.

(2) المعونة 2/ 1225.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

باب في الحوالة[1] والحمالة[2]

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**الحوالة: تحويل الحق من ذمة إلى ذمة (تبرأ بها)[3] الأولى ما لم يكن (غروراً)[4] من (عيب)[5] الثانية**» إلى آخره.

شرح: الحوالة مستثناة من الدين بالدين، لأن المحيل باع الدين الذي له على المحال عليه بالدين الذي كان عليه، فهي من جملة العقود المستثناة لمكان الضرورة وقصد (المعروف)[6]، وحدّها بعضهم فقال: صرف ما حلّ فيما حل أو لم يحل. وإنما اشترطنا حلول الدين المحال به، لأنه إذا لم يحل كانت معارضة خارجة عن باب المعروف إذا لم يرض بالتحويل من ذمة إلى ذمة إلا لمكان التعجيل، والأصل في جوازها ما رواه **مالك** عن **أبي الزناد** عن **الأعرج** عن **أبي هريرة** قال: قال رسول الله ﷺ: (**مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع**)[7] ومحمله عندنا على الندب. ورواه **سفيان الثوري** بهذا الإسناد وفيه: (**إذا أحيل أحدكم على غنى فليستحل**)[8] ولا يخلو أن

---

(1) الحوالة بفتح الحاء، وحكى كسرها هي في اللغة: الانتقال والتحويل، وهو مأخوذ من التحول، يقال حول الشيء من مكانه أي نقله منه إلى مكان آخر، وفي الاصطلاح: طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى. ينظر: مختار الصحاح ص68؛ الصحاح 4/ 1681؛ لسان العرب 11/ 188 ـ 194. ينظر: حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 423.

(2) الحمالة: الحمل والحمالة في اللغة بمعنى واحد، وفي الاصطلاح: التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له. ينظر: حدود ابن عرفة بشرح الصحاح 2/ 427.

(3) في نسخة: «غ»: (تبرئها).

(4) في نسخة: «غ»: (غاراً).

(5) في نسخة: «ق»: (وفي غيبته).

(6) في نسخة: «ش»: (المندوب).

(7) الموطأ، كتاب البيوع، باب جامع الدين والحول، حديث (1354) 2/ 674.

(8) كلمة غير مقروءة ولعلها كما أثبت. ينظر: بداية المجتهد 2/ 483.

تنعقد بلفظها الصريح المتفق على مقتضاه، فتلزم على حكمها، أو بلفظ محتمل دائر بين الحوالة والوكالة مثل أن يقول: خذ الدين الذي لك على الدين الذي لي على فلان ففلس فلان. فقال **ابن القاسم**: محمله على الوكالة ولرب الدين أن يرجع على غريمه، وله أن يقول: إنما طلبت نيابة عنك. وفي العتبية[1] فيمن أحال رجلاً بدين على رجل آخر، فقال المحيل: إنما (أحلتك على)[2] دين لي ليكون [35/و] ذلك سلفاً عندك. وقال القابض: إنما أخذته عوضاً (عما)[3] كان لي عليك، فالقول قول المحيل، لأن الأصل براءة ذمته من الدين الأصلي إلا ببيّنة، ومحمل هذا على الوكالة لا على الحوالة. وقال **ابن الماجشون**: القول قول مدعي الحوالة إذا ادعى من ذلك ما يشبه. وحكى الإمام **أبو عبد الله** وغيره في هذه الصورة قولين: أحدهما: القول قول (المحيل)[4] والثاني: أن القول قول (المحال)[5] أنه لم يقبض إلا ما استحق.

قوله: «**يبرأ بها الأول**»[6]: تنبيه على خلاف **أبي حنيفة**[7] حيث أوجب للمحال الرجوع على المحيل إذا مات المحال عليه، وأفلس، أو جحد الحق.

قوله: «**ما لم يكن غروراً**»[8]: تنبيه على مذهب **الشافعي**[9]، ومذهبنا أنه إذا غرّه كان له الرجوع مثل أن يحيله على عديم[10]، والمعتمد لنا قوله ﷺ: **(وإذا أحيل أحدكم على ملئ فليتبع)** وهذا غير مليء.

قوله: «**ويعتبر فيها رضي المحيل والمحال دون المحال عليه**»: قلت:

---

(1) البيان والتحصيل 11/ 291، 340، 341.
(2) في نسخة: «خق»: (ذلك).
(3) في نسخة: «خق»: (عن دين).
(4) في نسخة: «خق»: (المحال).
(5) في نسخة: «خق»: (المحيل).
(6) وبه قال أيضاً شريح وعثمان البتي. ينظر: بداية المجتهد 2/ 485.
(7) مختصر الطحاوي ص103 ـ 104؛ مختصر القدوري مع شرح الميداني 2/ 161.
(8) المدونة 13/ 288.
(9) الأم 3/ 229؛ مختصر المزني ص107؛ الإقناع ص107؛ روضة الطالبين 4/ 232.
(10) عيون المجالس 4/ 1662؛ المنتقى 7/ 477.

وهذا مذهب **مالك** رَحِمَهُ اللَّهُ وقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب، فاعتبر **الشافعي** رضا الثلاثة: المحيل والمحال والمحال عليه[1] تغليباً لحكم المعاوضة، واعتبر **مالك** رضا المحيل والمحال فقط[2]، واعتبر **داود** رضا المحيل والمحال عليه دون المحال[3]، واعتبر **الشافعي** ما ذكرناه من أنهما معاوضة صحيحة ومعاملة حقيقة فتفتقر إلى الرضا والإيجاب، ومن أنزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه، إذ لا حجة له في دفع الحق الذي عليه لمن قبضه منه مطلقاً كائناً ما كان، واعتمد داود على قوله ﷺ: (**وإذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع**) والأمر للوجوب، وشرط علماؤنا في صحة الجواز ثلاثة شروط:

الأول: رضا المحيل والمحال كما ذكرناه.

والثاني: حلول الدين (المحال به)[4].

والثالث: اتفاق الدينين نوعاً وقدراً ووصفاً.

أما الشرط الأول فقد تكلمنا فيه (وأما حلول الدين)[5] فاشترطنا حرزاً من الدين بالدين، فإن لم يكن للمحيل على المحال عليه دين بالدين فإن لم يكن للمحيل على الحال عليه دين (فأحاله عليه)[6] فأفلس المحال عليه، فهل يرجع المحال أم لا؟ قولان. قال **ابن القاسم**: يرجع عليه[7]. وقال **ابن الماجشون**: لا يرجع عليه، وأما اشتراط الاتفاق فبيّن ليتحقق به المعروف، فإن لم يتفقا خرج إلى باب المعاوضة فيتعلق بهذا الشرط الحوالة في الطعامين، وقد منع من ذلك بعض الفقهاء خارج المذهب مطلقاً، لأنه من

---

(1) روضة الطالبين 3/ 75؛ الإقناع 2/ 310؛ منهاج الطالبين 610.
(2) المعونة 2/ 1227؛ بداية المجتهد 2/ 482.
(3) المحلى 8/ 520.
(4) ساقطة في نسخة: «ش».
(5) ساقطة في نسخة: «ش».
(6) ساقطة في نسخة: «ش».
(7) ساقطة في نسخة: «خق».

باب بيع الطعام قبل قبضه[1]، وتحصيل القول فيه على مقتضى المذهب أنهما إن كانا من قرض (فالحوالة جائزة، لأن بيع الطعام قبل قبضه جائز إذا كان من قرض)[2] فإذا كان الطعامان من بيع أو أحدهما فلا يخلو أن تتفق رؤوس الأموال أم لا؟ فإن تفقت فهي تولية، وإن اختلفت لم تجز الحوالة على المشهور حلت الآجال أو لم تحل[3]، لأن ذلك من بيع الطعام قبل قبضه، (وهو ممنوع)[4].

قوله: «ولا رجوع (فيها)[5] وإن تلف (الحق)[6] إلا بالغرور»: وقد قدمنا أنه نبّه على مذهب **أبي حنيفة** القائل: أن له الرجوع عند الموت مفلساً، أو جحد الحق، والمعتمد لنا قوله ﷺ: **(إذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع)**.

قوله: «وأما الحمالة فمعناها مشغل ذمة أخرى بالحق»: قلت: الحميل والضامن[7] والزعيم، والكفيل (والقبيل)[8] واحد. قال تعالى: ﴿أَوْ تَأْتِيَ بِٱللَّهِ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةِ قَبِيلًا﴾ [الإسراء: 92] والأدين أيضاً، وقال تعالى في الكفيل: ﴿وَقَدْ جَعَلْتُمُ ٱللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا﴾ [النحل: 91] وقال في الزعيم: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: 72] وقال ﷺ: **(لا تقوم الساعة حتى يكون زعيم القوم أرذلهم)**[9] وقال الشاعر:

---

(1) التبصرة 3/ 32/ و.
(2) حاشية الدسوقي 3/ 326.
(3) المقدمات 2/ 405؛ بداية المجتهد 2/ 484.
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) في نسخة: «ش»: (له).
(6) ساقطة في نسخة: «غ»، «ش».
(7) للضامن في اللغة سبعة أسماء وهي: زعيم وكفيل، وقبيل، وأذين، وجميل، وصبير، وضامن يقال من ذلك زعم يزعم زعامة فهو زعيم، وكفل يكفل كفالة فهو كفيل، وقبل يقبل قبالة فهو قبيل، وأذن يأذن إذانة فهو أذين، وحمل يحمل حمالة فهو حميل وصبر يصبر صبراً فهو صبير، وضمن يضمن ضماناً فهو ضامن بمعنى واحد. ينظر: المقدمات 2/ 373.
(8) ساقطة في نسخة: «خق».
(9) حديث: **(لا تقوم الساعة حتى يكون زعيم القوم أرذلهم)**: سنن أبي داود، كتاب الجهاد، باب فضل الغزو في البحر، حديث (2494) 3/ 7.

فإن زعيم القوم لا يقبل الرشاد يكون إمام القوم في الحادثات

وقال ﷺ: (**تكفل الله لمن جاهد في سبيله ولا يخرجه من بيته إلا الجهاد في سبيله ابتغاء مرضاته أن يدخل الجنة أو يرده إلى مسكنه الذي خرج منه مع ما نال من أجر وغنيمة**). وقال تعالى في الأذين: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾ [إبراهيم: 7] وقال: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكَ لَيَبْعَثَنَّ عَلَيْهِمْ﴾[1] الآية) وقال امرؤ القيس:

وإني (زعيم)[2] إن رجعت مملكا بسير ترى منه الفرائق أزورا
على لاحب لا يهتدي لمناره إذا سافه القود النباطي جرجرا[3]

والأصل في مشروعية الحمالة قوله سبحانه: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾. وقال ﷺ: (**الزعيم غارم**)[4]، وقال ﷺ: (**لا تحل الصدقة إلا لثلاثة**) وذكر فيهم: (**رجل تحمل بحمالة فحلّت له المسألة حتى يردها**) الحديث خرّجه الشيخان **البخاري**[5] **ومسلم**[6]، وهي على أربعة أوجه: حمالة بالمال، وحمالة بالوجه، وحمالة بالطلب، وحمالة مجهولة. أما الحمالة بالمال فثابتة، وأجمع العلماء على جوازها ولزومها[7] وشذّ قوم وقالوا: (ليست بلازمة)[8][9] وتشبيها بالعدة، والدليل على (لزومها)[10] قوله ﷺ: (**الزعيم غارم**)، وأما حمَالة الوجه، فقد اختلف الفقهاء فيها فأجازها

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) في النسختين: (أذين). بمعنى حميل. ينظر: المقدمات 2/ 375.
(3) ديوان امرئ القبس ص172.
(4) جزء من حديث: (**العارية مواداة**) الذي سبق تخريجه.
(5) لم أهتد إليه في صحيح البخاري، ولعله لم يخرجه، وقد أحال الحافظ ابن حجر في الفتح 10/ 407 ـ 408، على صحيح مسلم فقال: وفي صحيح مسلم إن المسألة لا تحل إلا لثلاثة.
(6) صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب ما يجوز فيه المسألة، حديث (1040) 2/ 120.
(7) المقدمات 2/ 376؛ الإجماع لابن المنذر ص125؛ المغني 4/ 590.
(8) في نسخة: «ش»: (إنها ليست باللازم).
(9) بداية المجتهد 2/ 477.
(10) في نسخة: «ش»: (خلافه).

الجمهور، لأنها وثيقة كالرهن(1) ومنعها **الشافعي** في أحد قوليه(2)، ومنعها **داود**(3) اعتماداً على قوله سبحانه: ﴿مَعَاذَ ٱللَّهِ أَن نَّأۡخُذَ إِلَّا مَن وَجَدۡنَا مَتَٰعَنَا عِندَهُۥٓ﴾ [يوسف: 79] وتأويله الجمهور على أن المعنى أنه لا يأخذ بالحق إلا من تعين عليه وهو جار في حمالة الوجه (وحمالة المال وسائر الحقوق، وصفة حمالة الوجه) أن يقول: أنا حميل بإحضاره، وأما حمالة الطلب [35/ ظ] مثل أن يقول: أنا حميل بطلبه فيلزمه الطلب جهد استطاعته، فإن عجز عن الطلب لم يلزمه شيء، وكذلك إن غاب المطلوب إلى موضع بعيد، وليس من شأنه السفر إليه لم يلزمه طلبه، ولم يكن عليه شيء. وقال **ابن الماجشون**: يخرج لطلبه قرب موضعه أم بعد ما لم يتفاحش. قال **أصبغ**: يطلبه على مسيرة اليومين(4)، وحيث لا مضرة فيه، فإن خرج لطلبه وقال: لم أجده فهل (يكلف)(5) الحميل إثبات وصوله أم لا؟ المنصوص عليه أن القول قول الحميل إذ أشبه، واستقرئ من تكليف الأجير على توصيل الكتاب إثبات الوصول، إثباته هنا خرّجه الأشياخ. وفي **المبسوط** إذا كان قادراً على إحضاره فتركه حتى غاب فهو ضامن. وفي **كتاب محمد**: إذا لم يعرف موضع الغريم لم يسجن حميل الطلب إلا أن يتهم بأنه (عرف مكانه)(6) فأخفاه، وإن كانت الحمالة مجهولة لزمت، وكان القول قول الحميل فيما يدّعي من ذلك(7).

قوله: «ولا تصح إلا بحق يمكن استيفاؤه من الضامن أو (بما)(8) يتضمن ذلك» وهذا كما ذكره أن الحمالة إنما تكون بالأموال، أو بما يتعلق بالأموال، ولا تجوز الكفالة بالحدود سواء كانت بحق الله سبحانه، أو بحق

---

(1) التفريع 2/ 287؛ الكافي ص398.
(2) الأم 3/ 229؛ الإقناع ص102.
(3) بداية المجتهد 2/ 477.
(4) النوادر 10/ 114؛ المنتقى 7/ 481.
(5) في نسخة: «خق»: (يحلف).
(6) في نسخة: «خق»: (يعرف موضعه).
(7) التبصرة 3/ 35/ و.
(8) في نسخة: «ش»: (من).

الآدمي عندنا[1] خلافاً **لأبي حنيفة**[2] وغيره[3]، وأجاز الكفالة في الحدود اعتماداً على ما جاء في بعض طرق حديث العامرية أن النبي ﷺ: **(أمرها بالانصراف حتى تضع)** وفي بعض طرقه وهو موضع احتجاج الحنفية أنه ﷺ كفلها[4].

تنبيه: الكفالة الممتنعة في الحدود هي أن يتكفل بما يجب على المطلوب، أو يتكفل بوجهه على أنه متى عجز عن إحضاره أخذ ذلك منه كل هذا لا يجوز، وأما الكفالة بطلبه خاصة فجائز في الحدود الواجبة (لحق الآدميين)[5] على أنه إن لم يحضره سقط حق الطالب نص على جوازه على هذه الصفة **إسماعيل القاضي**، ولا يجوز ذلك في حقوق الله سبحانه، بل الواجب أن يسجن حتى يقام عليه (الحد)[6] إن تعذر تعجيله، وقد ذكرنا أن الحمالة على أربعة أوجه: الأولى: الحمالة بالمال وهي (على ضربين)[7] مطلقة ومقيدة، فالمطلقة أن يقول: أنا حميل بما عليه، والثاني: أن يقول: أنا حميل بما عليه إن غاب أو افتقر (أو مات)[8] وكلا القسمين جائز، ويبدأ في المطلقة بالغريم، وهل للطالب طلب الكفيل مع القدرة على الغريم فيه قولان عن **مالك**[9]. قال الشيخ **أبو الحسن اللخمي**: واختلف عن **مالك** أيضاً إذا اشترط الطالب أن يبتدئ بأيهما شاء، فأجاز ذلك مرة، ومنعه أخرى. فقال: يعمد إلى هذا فيبيع مسكنه وخادمه وصاحبه حاضر مقيم لا أرى أن يوفى بهذا

---

(1) التفريع 2/ 285؛ عيون المجالس 4/ 1669؛ المنتقى 7/ 484؛ المقدمات 2/ 379.
(2) بدائع الصنائع 6/ 4؛ الهداية 3/ 96.
(3) كالأوزاعي والثوري والليث وأحمد وشريح رحمهم الله. ينظر: المحلى 6/ 406؛ المقنع ص120؛ الإنصاف 5/ 210؛ المغني 5/ 95.
(4) التبصرة 3/ق 34؛ قال اللخمي: وقد اختلفت الأحاديث في العامرية، وكانت اعترفت بالزنا فكان في بعضها أنه أمرها بالانصراف حتى تضع، وفي بعضها أنه كفلها.
(5) في نسخة: «خق»: (لآدميين).
(6) في نسخة: «ش»: (الحق) والصواب ما أثبته من نسخة «خق».
(7) في نسخة: «خق»: (جائزة).
(8) ساقطة في نسخة: «ش».
(9) القوانين الفقهية ص214.

الشرط، وبه أخذ **أشهب، وابن كنانة، وابن الماجشون**، وبالأول أخذ **ابن القاسم** ورأى الوفاء بهذا الشرط لقوله ﷺ: **(المسلمون على شروطهم)**. وأما الحمالة بالمال المقيد فيجري فيها على مقتضى التقييد بلا خلاف. قال المتأخرون: اشتراط الطالب تبدئة الحميل على ثلاثة أوجه: الأول: أن يكون للطالب في ذلك منفعة مثل أن يكون الغريم لا يقدر على الوفاء من رباع، والحميل موسر بالعين فله مقتضى شرطه في هذه الصورة لظهور المنفعة. والثاني: أن لا تكون له فيه منفعة أعني الطالب، ولا على الغريم مضرة مثل: أن يكونا موسرين بالعين فهل يوفى بهذا الشرط أم لا؟ قولان حكاهما الشيخ **أبو الحسن اللخمي**. واختار الابتداء بالغريم[1].

والقسم الثالث: أن يكون على الحميل في ذلك مضرة مثل: أن يكون الغريم موسراً بالعين، والحميل موسراً بعرض، أو عقار، فلا يمكن الطالب من بيع عرض (الحميل)[2] أو عقار مع قدرته على أخذ العين (من يد غريمه)[3] وكذلك لو كان في أيديهما عروضاً أو عقار، فليس له أن يعدل إلى الحميل إذا كان ما بأيديهما سواء في إمكان بيعه، ونفاق سوقه.

قوله: «وإن يأت به لزمه ما عليه»: يريد في حمالة المال، لأنه مقتضاها، واختلف المذهب إذا حل الأجل، وسأل الحميل أن يؤخر رجاء حضور الغريم. فقال **مالك وابن القاسم**: ذلك له[4]. وقال **ابن وهب**: يغرم المال، ولم يجعل فيه تلوماً. وفي المدينة: إذا كان سفراً قريباً اليومين والثلاثة[5]، وما لا يضر بالمتحمل له، وغرم الحميل على قدر ما يراه الإمام، ولو قال الطالب: أخاف أن لا يرجع الحميل إذا سافر كان له أن يأخذ عليه حميلاً.

فرع: إذا رفع الغريم نفسه للطالب عن الحمالة فهل يسقط الطلب عن

---

(1) التبصرة 4/ 35/ ظ.
(2) ساقطة في نسخة: «ش».
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) المدونة 13/ 252.
(5) النوادر 10/ 10؛ المنتقى 7/ 480.

الحميل أم لا؟ قولان. المشهور أنه لا يسقط، إلا أن يسلمه الحميل أو وكيله[1]. وقال **ابن عبد الحكم**: تسقط الحمالة عن الحميل بإحضار الغريم نفسه للطالب وهو الصحيح، لأنه لا تمكن بذلك من طلبه.

قوله: «إلا أن يشترط أنه لا يلزمه إلا إحضاره فقط»: قلت: حميل الوجه إذا قال: لست من المال في شيء لم يلزمه منه شيء، إلا أن يمكنه إحضاره فيلزمه لتفريطه غرم المال كمن تعمد إتلاف مال غيره، نصّ عليه القاضي **أبو محمد**[2]، فإن تحمل بالوجه، ولم (يتعرض)[3] (لنفى المال)[4] عنه فأحضره موسراً سقطت الحمالة عنه بلا خلاف، فإن كان الغريم مسجوناً في حق أو تعدياً، برئ الحميل بذلك، وكان إحضاراً. قال الشيخ **أبو الحسن اللخمي**: لأن ذلك كموته إذا تعدى عليه بالسجن، وكذلك إن أحضره معدماً فالحمالة ساقطة عن الحميل إذ أحضر ذلك في بلد تناله فيه الأحكام[5] [36/و].

واختلف في مسائل:

الأولى: إذا قال: أنا حميل بوجهه ولم يقل: ولست من المال في شيء لزمه إحضاره، فإن لم يحضره فهل يغرم المال أم لا؟ فقال **مالك وابن القاسم**: يغرم المال إذا لم يحضره[6]. وقال **ابن عبد الحكم**[7]: **لا شيء عليه، لأن الحمالة بعين لم تكن له قدرة على إحضارها، فلم يكن عليه غرم.**

المسألة الثانية: هل تسقط الحمالة إذا ثبت فقره، المشهور سقوطها. وقال **ابن الجهم**: لا يبرئه إلا وصوله إلى صاحبه، لأنه تحمل به وقت يساره.

---

(1) النوادر 10/ 112؛ المنتقى 7/ 478.

(2) المعونة 2/ 1231؛ وفيها: .. إلا أن يشترط أني متكفل بوجهه، فإن هرب لم يكن علي من المال الذي عليه شيء فلم يلزمه حينئذ شرطه إلا أن يمكنه إحضاره فيفرط فيلزمه بتفريطه لأنه كمن تعمد إتلاف مال غيره.

(3) في نسخة: «خق»: (يفرط).

(4) بياض في نسخة: «خق».

(5) التبصرة 4/ 34/ ظ.

(6) المدونة 13/ 253؛ النوادر 10/ 109.

(7) في نسخة: «خق»: (ابن وهب).

المسألة الثالثة: إذا حكم عليه بالمال فلم يغرم حتى حضر الغريم. فقال **ابن الماجشون**: قد مضى الحكم بالغرم فلا ينقض. وقال **سحنون**: لا غرم عليه[1].

المسألة الرابعة: إذا مات الحميل أو الغريم ففيه تفصيل، أما إذا مات الحميل فلا يخلو أن تكون الحمالة بالمال، أو بالوجه، فإن كانت بالمال، ومات الحميل بعد حلول الأجل تعين طلبه بلا خلاف، وإن مات قبل الأجل ففيه ثلاثة أقوال. ففي المدونة لصاحب الحق: أن يأخذ ذلك من تركته الآن[2]. وفي المبسوط: إذا حلف رباعاً وقال: ورثته هذا دينك في رباع الميت لم يكن ذلك لهم. وعن **مالك** أيضاً: أنه يوقف ذلك من ماله إلى الأجل، فإن دفع الغريم وإلا أخذ ذلك من الحميل[3]. وفرّق ابن نافع بين أن يكون للحميل مال مأمون أم لا؟ فإن كان له مال مأمون وقف (الحق وإلا أخذ الحق)[4]، الآن من تركته[5]، وأما حمالة الوجه يموت الحميل فيها. فقال **مالك وابن القاسم**: لا تسقط الحمالة، لأن الطلب متعلق (بالذمة، وعن **عبد الملك** في كتاب **محمد** تسقط[6]، لأن الطلب متعلق)[7] بعين الحميل لا بذمته وهو عكس (القول الأول، وإذا فرغنا على أنها لا تسقط، فإن مات بعد حلول الأجل لزم ورثته ما لزمه، وإن مات قبل الأجل أنظر الورثة إلى حلول الأجل، وأما إن مات الغريم فيتعين طلب حميل المال بشرطه، وأما إن كانت الحمالة بالوجه فتسقط بموت الغريم إذا كان موته في البلد قبل الأجل، وبعده، واختلف إذا مات بغير البلد. فقال **ابن القاسم** في كتاب **محمد**: هو محمول على اللد وأنه لا يغرم إلا بعد أن يخرج إليه الحميل، فإن بقى من الأجل ما لو تكلف الحميل طلبه خرج ورجع قبل حلول الأجل سقطت عنه

---

(1) التبصرة 3/ 34/ ظ.
(2) المدونة 13/ 254.
(3) التفريع 2/ 286 ـ 287.
(4) ساقطة في نسخة: «ش».
(5) التبصرة 3/ 36/ ظ.
(6) التبصرة 3/ 34/ ظ.
(7) ساقطة في نسخة: «خق».

الكفالة قال: وإن قلت لكم غير هذا فاطرحوه، وخذوا بهذا، وحمله **ابن حبيب** على الوفاء فقال: إذا بقي مال قدم الغريم ثم قدم عند حلول الأجل فلا شيء عليه. وقال **أشهب**: سقطت الحمالة إذا مات قبل الأجل[1] لأنه قد ظهر أن غيبته لا تضره، وأنه لو كان حاضراً لأتى الأجل وهو ميت فتسقط الحمالة.

قوله: «**وتصح في المعلوم والمجهول**» وهذا مذهب **مالك** رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2]، وخالف في ذلك **الشافعي** فمنعها بالمجهول، والدليل على صحة ما ذهبنا إليه قوله ﷺ: (**الزعيم غارم**)، ولأنه ألزم نفسه شيئاً فلزمه كالنذر المبهم.

قوله: «**قبل وجوب الحق أو بعده**» (وهذا كما ذكره، أما بعد وجوب الحق)[3] فظاهر، وأما قبل وجوبه فمثل أن يقول: دائن فلاناً وأنا ضامن لما تعطيه، فيجوز ذلك ويحمل الإطلاق في ذلك على العوائد دون ما يخرج عنها، نصّ عليه القاضي **أبو محمد**[4].

قوله: «**وعن الميت والحي**»: أما عن الحي فلا إشكال فيه، وأما عن الميت فلحديث **أبي قتادة في الرجل الذي مات عليه دين فأبى رسول الله ﷺ أن يصلي عليه، فقال أبو قتادة**: (صلِّ عليه وعلي دينه)[5] الحديث. خرّجه أهل الصحيح، وباقي كلام القاضي في الباب قد تكلمنا على مقتضاه.

---

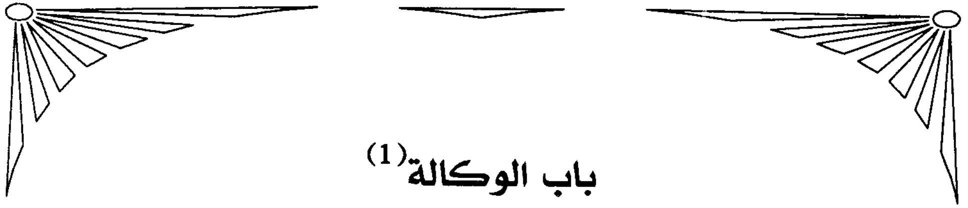
(1) في جملة هذه الأحكام. ينظر: النوادر 10/ 111؛ المنتقى 7/ 479.

(2) النوادر 10/ 151 ـ 152؛ المنتقى 7/ 482؛ المقدمات 2/ 376؛ القوانين الفقهية ص214.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) المعونة 2/ 1234، قال القاضي: وإذا قال لرجل دائن فلاناً وأنا ضامن لما تعطيه جاز ذلك ولزمه ضمان ما يداين به مثله، وذلك مبني على ثلاثة أصول: أحدها أن ضمان الحق قبل وجوبه جائز كقوله: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه.. والثاني أن ضمان المجهول جائز.. والثالث: أن الإطلاق في مثل ذلك محمول على العادة دون ما يخرج عنها.

(5) سبق تخريجه في كتاب الصلاة.



باب الوكالة[1]

قال القاضي رحمه الله: «**باب الوكالة كل حق جازت فيه النيابة جازت الوكالة (فيه)[2]**».

قلت: الأصل في جواز الوكالة قوله سبحانه: ﴿فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ﴾ الآية [الكهف: 19]. وصح أن النبي ﷺ (وكل عروة بن الجعد البارقي ليشتري له شاة لأضحيته، ووكل علي بن أبي طالب رضي الله عنه **أخاه عقيلاً**) وانعقد الإجماع على جوازها[3]، وجرى العمل عليها من الطالب والمطلوب الحاضر والغائب ذكراً كان أو أنثى. ومنع **سحنون** وغيره من وكالة المطلوب ورآه من باب اللد، ومنه **أبو حنيفة**[4] الوكالة إلا من الغائب والحاضر مع حضور الخصم وغيبته.

قوله: «وهي من العقود الجائزة»[5]: يعني إذا كانت على وجه التبرع، ولذلك جاز للوكيل عزل نفسه، فإن قارنها العرض على سبيل الإجارة فهي لازمة من الطرفين، ويجب حينئذ أن يكون العمل معلوماً، وإن خرجت مخرج الجعالة ففي المذهب ثلاثة أقوال: الجواز من الطرفين، واللزوم (منها

---

(1) الوكالة، بفتح الواو وكسرها، لغة التفويض والاعتماد على الغير، وفي الاصطلاح هي تفويض من له حق قابل للنيابة غيره في التصرف في حقه، وحدها ابن عرفة بأنها: نيابة ذي حق غير ذي امرأة، ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته. ينظر: معجم مقاييس اللغة 6/ 136؛ مختار الصحاح 306؛ لسان العرب 11/ 736؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 437؛ الشرح الصغير 4/ 17؛ الخرشي 6/ 68.

(2) في نسخة: «ش»: (عليه).

(3) في الجملة، بل على استحبابها لأنها من قبيل التعاون بين المسلمين نظراً للحاجة الداعية إليها إذ المرء ـ كيف ما كان ـ لا يقوى على فعل كل شيء يحتاجه بنفسه بل لا بد من الاستعانة بالغير.

(4) مختصر الطحاوي ص108؛ مختصر القدوري ص2/ 139.

(5) المعونة 2/ 1242؛ بداية المجتهد 2/ 4891.

واللزوم)[1] من جهة الجعل دون المجهول له.

قال الإمام **أبو عبد الله**: الوكيل بالخيار بين أن يقبل الوكالة، أو يمنع، فإن قبلها على الفور عند خطاب الموكل له فلا إشكال في صحة ذلك، وإن لم يقبلها إلا بعد زمان طويل، فيجري على الخلاف في التمليك والتخيير هل لها أن تقضي بعد انفصال المجلس أم لا[2]؟.

قوله: «**وليس للوكيل أن يتصرف بعد علمه بعزل الموكل له**»: قلت: لا خلاف في المذهب أن للموكل أن يعزل وكيله في حضرته [36/ظ] أو غيبته ما لم يتعلق بوكالته حق الغير مثل: أن ينشب معه في الخصومة، أو يوكله على قضاء دين (عليه)[3]، فليس له العزل في هذه الصورة، وينعزل الوكيل إذا علم بالعزل بلا خلاف، وهل ينعزل قبل بلوغ العلم إليه بالعزل أم لا؟ قولان مبنيان على اختلاف الأصوليين هل يعتبر النسخ من يوم نزوله، أو من يوم بلوغه، وهل ينعزل بموت الموكل أم لا؟ أما إن كان وكيلاً مخصوصاً فلا خلاف في انعزاله بالموت، وإن كان وكيلاً مفوضاً إليه المشهور أنه ينعزل بالموت، وقال مطرف: هو على وكالة حتى يعزله الورثة[4]، وعلى هذا الاختلاف يقع الخلاف في تصرف الوكيل يعلم موت الموكل أو عزله قبل علمه بذلك هل يحمل على الرد أو على الإمضاء[5]. قال **أبو بكر بن المنذر**: يرد تصرفه في هذا إجماعاً من أهل العلم يعني من الجمهور، وإلا فالخلاف قائم عندنا[6].

قوله: «**ويجوز إطلاق الوكالة في البيع**» وهذا كما ذكره من أن الوكالة (تجري)[7] على مقتضى لفظ الموكل من إطلاق أو تقييد، ويجري الإطلاق

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) شرح التلقين للمازري 2/ق 126؛ الجواهر الثمينة 2/ 679.
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) النوادر 7/ 193 ـ 194؛ المقدمات 3/ 54، 58؛ بداية المجتهد 2/ 490.
(5) الإشراف لابن المنذر 2/ 453.
(6) في نسخة: «خق»: (تجوز).
(7) المعونة 2/ 1242 ـ 1243.

فيها على مقتضى العوائد، ولا يبيع الوكيل على البيع بدون ما سمى الموكل، فإن باع بدون ذلك لم يلزم الموكل (ذلك)[1] وله الخيار في رد البيع، أو إمضائه، فإن أمضاه أخذ الثمن، وإن فسخه والسلعة قائمة أخذها، وإن كانت فائتة، ولم يسم له ثمناً (طالبه بقيمتها، وإن سمى له الثمن)[2] فهل له مطالبته بما سماه، أو بالقيمة قولان عندنا، ولو قال الوكيل: أنا أتم ما نقص من الثمن الذي سميت لي فهل يلزم الموكل (البيع)[3] أم لا؟ الرد فيه قولان عندنا. ولو قال له: بع بعشرة فباع بها بعد الإشهار لزم البيع، وإن باع لها بغير إشهار ففيه (قولان)[4] اللزوم (ونفيه)[5] وكذلك لو قال له: بع بمائة نسيئة فباع بمائة نقداً، أو قال: اشتر بمائة نقداً واشتر بمائة نسيئة صح ذلك، ولزم على الأشهر قاله الشيخ **أبو محمد ابن أبي زيد**. قال: وخالفني فيه **أبو بكر بن اللباد**، ولو قال له: بع بالدنانير فباع بالدراهيم، أو بالعكس ففي اللزوم قولان، وكذلك لو قال له: بع بعشرة فباع باثني عشر، فالمشهور لزوم البيع للموكل[6]، لأن ذلك مقتضى المصلحة، والمعتمد في ذلك على حديث عروة بن الجعد البارقي **(في شراء الأضحية، وقد رضي رسول الله ﷺ فعله، ودعا له بالبركة)** وقد قيل في المدينة: إن للموكل الفسخ في مثل صورة عروة ابن الجعد، واختلف القائلون بأن له الفسخ هل محل خياره في العقد الثانية فقط، أو له الخيار في العقدتين، وهو قول **ابن الماجشون**، والأول هو المشهور.

قوله: «والوكيل مؤتمن فيما بينه وبين موكله» وهذا كما ذكره[7]، لأن

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) في نسخة: «خق»: (الأخذ) عوض (البيع).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) النوادر 7/ 206 ـ 207؛ الجواهر الثمينة 2/ 685.
(7) بمعنى أنت الوكيل أمين فيما وكل فيه، فلا يضمن ما يتلف في يده إلا بالتفريط لأنه مؤتمن.

يده يد أمانة فيما بينه وبينه، وأما ما يقضى من ديونه ونحوه فلا يبرئ منه إلا بالإشهاد جرياً على العادة المتقدمة أن من دفع إلى غير اليد الذي دفعت إليه فلا يبرأ إلا بالإشهاد أصله الوصي، وقيل: لا يضمن إذا كانت (العادة في البلد)[1] ترك الإشهاد. حكاه **الإمام أبو عبد الله**[2] وغيره.

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) شرح التلقين للمازري 2/ 126/و.

باب الإقرار[1]

قال القاضي رحمه الله: **«باب الإقراء»**.

قسّم القاضي رضي الله عنه الحقوق على قسمين: حق الله سبحانه، وحق آدمي، فحي الآدمي يلزم بالإقرار، ولا يجوز الرجوع عنه لما له في ذلك من الحق ويجوز الرجوع عن الإقرار في حقوق الله سبحانه لتعاليه عن الأغراض، والأمر كما ذكره، وتفصيل القول في حقوق الله سبحانه: أنه إما أن يرجع إلى شبهة، أو إلى غير شبهة، فإن رجع إلى شبهة فلا خلاف أن رجوعه عن الإقرار جائز، وإن رجع إلى غير شبهة فهل يجوز رجوعه أم لا؟ قولان عندنا[2] والأصل في هذا الباب قول النبي ﷺ في معز: **هل رددتموه حين قال: ردوني إلى رسول الله ﷺ**. ثم تكلم عن الإقرارات (المجملة)[3]، وهي راجعة إلى مفهوم لسان العرب، منها أن يقرّ بجمع فيقول: عليّ دراهم، أو دنانير فيلزمه أقل الجمع وهو ثلاثة عند مالك وكافة أصحابه[4] تحكماً للسان العربي في تفريقهم بين المفرد والمثنى والمجموع، وإذا قال له: عليّ دراهم كثيرة، فالمشهور أنه يلزمه بالتعظيم زيادة على ما يلزمه بالإطلاق، فقيل: يلزمه ما زاد على الثلاثة، وقيل: تسعة دراهم. قال القاضي **أبو محمد عبد الوهاب**: وقال بعض شيوخنا الذين درسنا عليهم يلزمه مائتي درهم[5]. وقال **أبو حنيفة**:

---

(1) الإقرار لغة الاعتراف وفي الاصطلاح: خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه. ينظر: الصحاح 2/ 790؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 443.

(2) القوانين الفقهية ص208، قال ابن جزي: فإن أقر بحق لمخلوق لم ينفعه الرجوع، وإن أقر بحق الله تعالى كالزنى وشرب الخمر فإن رجع إلى شبهة قبل منه، وإن رجع إلى غير شبهة ففيه قولان، قيل يقبل منه وفاقاً لهما، وقيل لا يقبل منه وفاقاً للحسن البصري.

(3) في نسخة: «خق»: (المحتملة).

(4) المعونة 2/ 1248.

(5) خلافاً لعبد الملك، وابن الماجشون القائلين إن أقل الجمع اثنان. ينظر: المعونة 2/ 1248.

(عشرة دراهم[1]، فإن أقرّ بمال، ولم يذكر مبلغه فقال بعض أصحابنا: يرجع إلى العشرة قلّ أو كَثُر، وقيل)[2] يلزمه ربع، دينار (أو ثلاثة دراهم)[3] أقل نصاب القطع، وقيل: عشرون ديناراً سكة أقل نصاب الزكاة[4] فإن كان من أهل الإبل أو الغنم أو البقر (فأقل)[5] نصابها. فإن وصف فقال: له عندي مال عظيم، فقيل: يرجع في تفسيره إليه كالمفرد غير الموصوف، قاله الشيخ **أبو بكر الأبهري**، وليس عن **مالك** فيه نص. وقال **ابن المواز**: لا يقبل في أقل من نصاب الزكاة، وقيل: نصاب السرقة، وكذلك لو قال لفلان: عليّ شيء فيقبل في تفسيره في أقل مما يتمول، فإن أبى أن يفسر سجن حتى يبين ويحلف على ذلك، ولو قال له: عليّ مائة درهم إلا شيئاً لزمه تسعة وتسعون، ولو قال له: عليّ كذا دراهم، أو بين المائة والألف، فيجري على الخلاف في المذهب في تعمير الذمة، ولو قال كذا وكذا لاحتمل من إحدى وعشرين إلى تسعة وتسعين، والصحيح أنه إذا فسّر نيته بما يحتمله [37/و] لفظه رجع إلى تفسيره ولزمه الأقل لأنه المقطوع به، واستظهر عليه باليمين في نفي الزائد.

قوله: «ويصح استثناء القليل والقليل من الكثير»: أما استثناء القليل من الكثير فلا خلاف في جوازه ووقوعه، وأما استثناء الكثير من القليل فاختلف فيه[6] الأصوليون والنحويون والمعتمد في جوازه قوله سبحانه: ﴿إِنَّ عِبَادِى لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَٰنٌ إِلَّا مَنِ ٱتَّبَعَكَ مِنَ ٱلْغَاوِينَ ﴿42﴾﴾ [الحجر: 42] وقال سبحانه: ﴿قَالَ فَبِعِزَّتِكَ لَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ ﴿82﴾ إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ ٱلْمُخْلَصِينَ ﴿83﴾﴾ [صٓ: 82 ـ 83] وبالضرورة أن أحد الصنفين (أقل)[7]، «وهم المخلصون» لقوله سبحانه:

---

(1) مختصر القدوري، مع شرح الميداني 2/ 77؛ تحفة الفقهاء 3/ 197، وقال الشافعي تلزمه ثلاثة دراهم. ينظر: مختصر المزني ص112؛ الإقناع ص200.

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) عيون المجالس 4/ 1702 ـ 1703.

(5) في نسخة: «ش»: (فأول) والصواب ما أثبته من نسخة: «خق».

(6) الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2/ 34؛ خلافاً لعبد الملك وغيره. ينظر: المعونة 2/ 1253.

(7) في نسخة: «خق»: (أكثر) والصواب ما أثبته من نسخة: «ش» لقوله تعالى بعده: ﴿وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾.

﴿وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾ [صٓ: 24] والتطويل فيه، في فن العربية وقد ألّف **محمد بن الحسن الشيباني** فيه كتاباً مستقلاً بنفسه، وذكر **أبو بكر السراج**[1] في الأصول من ذلك مسائل (جمّة)[2].

والاستثناء من غير الجنس جائز، واقع لقول النابغة: «إلا أواري»[3] وقد قيل: إن قوله: ﴿إِلَّآ إِبۡلِيسَ﴾ [البقرة: 34] من الاستثناء المنقطع[4].

قوله: «والتهمة مؤثر في منع الإقرار» وهذا كما ذكره أن التهمة (تمنع)[5] الإقرار لما في ذلك من إبطال حق الورثة، أو الغرماء، فإذا أقر في المرض لمن يتهم عليه بطل إقراره، وإن كان ممن لا يتهم في إقراره له جاز، مثل: أنْ يقرّ لبعض العصبة الأباعد مع وجود أولاد الصلب فالتهمة تبعد في مثل هذا المحل فيقبل إقراره، وفي إقراره للصديق الملاصق روايتان[6] أحدهما: رده، والأخرى: قبوله ويكون في الثلث فمن أنزله منزلة الوصية ردّه إلى الثلث، ومن اعتبر التهمة، ولاحظ نفس الإقرار، وهو مغاير للوصية. . .

---

(1) أبو بكر محمد بن السري بن سهل بن السراج، أحد أئمة الأدب والعربية من أهل بغداد، يقال ما زال النحو مجنوناً حتى عقله ابن السراج بأصوله من مؤلفاته: كتاب الأصول، وشرح كتاب سيبويه وغيرهما توفي سنة (316هـ ـ 929). ينظر: نزهة الألباء ص313؛ الأعلام للزركلي 6/ 136.

(2) في نسخة: «خق»: (جملة).

(3) ونص بيت النابغة:

إلا أواري لأُيــاً مَــا أبــيِّــنُــهــا   والنُّؤْيُ كالحوض بالمظلومة الجلد

ينظر: ديوان النابغة ص3؛ تحقيق د. شكري فيصل، دار الفكر (د.ت).

(4) قوله تعالى: ﴿إِلَّآ إِبۡلِيسَ﴾ منصوب على الاستثناء، وفيه قولان: أحدهما أنه متصل، لأنه كان ملكاً من الملائكة عن ابن عباس وغيره، والثاني أنه منقطع ونه ليس منهم بشهادة قوله تعالى في وصف الملائكة: ﴿لَّا يَعۡصُونَ ٱللَّهَ مَآ أَمَرَهُمۡ وَيَفۡعَلُونَ مَا يُؤۡمَرُونَ﴾. ينظر: الفريد في إعراب القرآن المجيد للمنتجب حسين بن أبي العز الهمذاني 1/ 272، تحقيق د. فهمي حسين النمر، وفؤاد علي مخيمر، دار الثقافة، طبعة أولى سنة (1411هـ ـ 1991م)، البيان في إعراب القرآن للعكبري أبي البقاء عبد الله بن الحسين 1/ 51، تحقيق علي محمد البجاوي (د.ت).

(5) في نسخة: «خق»: (تبطل).

(6) المعونة 2/ 1256؛ الكافي ص458؛ مواهب الجليل 5/ 219 ـ 220.

وقال **أبو حنيفة**: لا يقبل إقرار المريض للوارث جملة[1]. وقال **الشافعي**: يقبل إقراره على كل حال[2].

قوله: «وإذا أقرّ أحد الابنين بثالث لم يثبت نسبه وأعطاه ثلث ما في يده»: وهذه المسألة من مشهور مسائل الخلاف فقال قوم من أهل العلم: لا يثبت بذلك النسب، ولا يجب الميراث وهو الصحيح من أقوال **الشافعي**[3]، والقول الثاني: ثبوت النسب والميراث، ومذهب **مالك** رضي الله عنه أن (هذا) الإقرار يتبعض فيثبت به حكم الميراث، ولا يثبت به النسب[4]، والمعتمد لنا أن إقراره (يتضمن)[5] شيئين: أحدهما: على نفسه وهو استحقاق المقر له حظه مما بيده، والثاني: على غيره وهو كونه ابناً لأبيه، فيقبل إقراره على نفسه، ولا يقبل على غيره، ومن رأى أنه إقرار واحد لا يقبل التبعيض، ولم يتصور عنده انفكاك المتلازمين أبطلهما أو أثبتهما، وهذان القولان للشافعية[6]، وإذا أمضينا إقراره في المال على مقتضى المذهب أعطيناه (من يد المقر قدر ما حصل في يده في الزيادة على ميراث اثنين لو ثبت هذا النسب، فإذا أقرّ بأخ واحد أعطى)[7] نصف ما بيده، وإن أقرّ باثنين (أعطاهما ثلثي)[8] ما بيده، والأنثى في هذا الإقرار معتبرة بفريضتها في المواريث، وعلى الجملة فضابط مشهور المذهب أنه يعطى المقرّ له ما كان يجب عليه لو أقرّ الأخ الثاني أو ثبت النسب وهو مقدار الزيادة على ميراثه[9] لأن تمام الميراث في يد الابن الآخر، فلا يلزم المقرّ دفع ما ظلمه به الجاحد، ولو ترك أماً وأخاً فأقرّت بأخ

---

(1) مختصر القدوري 2/ 85؛ تحفة الفقهاء 3/ 202.

(2) مختصر المزني ص111.

(3) مختصر المزني ص114 ـ 115.

(4) المعونة 2/ 1257؛ مواهب الجليل 5/ 20.

(5) ساقطة في نسخة: «ش».

(6) مختصر المزني ص112.

(7) في نسخة: «ش».

(8) في نسخة: «ش»: (أعطاه ثلث). والمثبت هو الصواب.

(9) المعونة 2/ 1256؛ الكافي ص458؛ مواهب الجليل 5/ 219 ـ 220.

آخر، فإنها تخرج نصف ما بيدها وهو السدس فيأخذه الأخ المقرّ له وحده.
قال محمد وهو قوله في موطئه، وعليه الجماعة من أصحابنا، وقال في رواية أخرى: يقسمه هو وأخوه والله الموفق.

باب اللقطة[1] والضوال[2] والآباق[3]

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**باب اللقطة والضوال**».

اختلف الفقهاء في حكم التقاط التالف من أموال الناس، فمن أهل العلم من أوجب ذلك، لأنه من حفظ مال المسلم. وقال جماعة من السلف منهم **ابن عباس** الالتقاط مكروه مطلقاً وبه قال **أحمد** وغيره من الفقهاء[4] لأمرين: الأول: قوله ﷺ: **(ضالة المؤمن حرق النار)**[5] ولما يخاف من التقصير في حفظها. وقال **أبو حنيفة**: الالتقاط أفضل من الترك[6]، وتحصيل المذهب فيه أنه بحسب الأحوال والأزمان، فإن كانت اللقطة بين مأمونين والإمام عدل كره الالتقاط لما في ذلك من الخطر، وإن كانت بين غير مأمونين، (والإمام جائر التقطها)[7] لما يؤمر به من حفظ مال أخيه المسلم، ولعله الذي أشار القاضي إليه بالاستحباب، والأصل في جوازها قوله ﷺ للذي سأله عنها **(أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة)**[8] الحديث.

---

(1) اللقطة في اللغة: أخذ الشيء من الأرض، وفي الاصطلاح: مال وجد بغير حرز محترماً ليس حيواناً ناطقاً ولا نعماً. ينظر: معجم مقاييس اللغة 5/ 262؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 562؛ الشرح الصغير 4/ 237.

(2) الضوال: جمع ضالة وهي: نعم وجد بغير حرز محترم. ينظر: حدود ابن عرفة 2/ 564.

(3) الآباق: جمع آبق وهو: حيوان ناطق وجد بغير حرز محترم. ينظر: حدود ابن عرفة 2/ 564.

(4) بداية المجتهد 2/ 493.

(5) حديث: **(ضالة المؤمن حرق النار)**: سنن الترمذي، كتاب الأشربة، باب ما جاء في النهي عن الشرب قائماً، حديث (1885) 4/ 300؛ سنن ابن ماجه، كتاب اللقطة، باب ضالة الإبل والبقر والغنم، حديث (2502) 2/ 836.

(6) الهداية 2/ 175؛ تحفة الفقهاء 3/ 354.

(7) في نسخة: «خق»: (والأمام غير عدل جاز التقاطها).

(8) حديث: **(أعرف عفاصها ووكاءها...)**: صحيح البخاري، كتاب المساقاة، باب =

والمقصود من ذلك ماله خطر، وأما التافه اليسير فهل يعرف أم لا؟ (استحب)[1] أشهب تعريفه، وأسقطه غيره[2] وذلك كالسوط والنعل والدرهم، واختلف المذهب في مسائل تتعلق بتعريفها:

المسألة الأولى: منها التعريف سَنَة على الأشهر[3] بعد الاستبراء، وقيل: من يوم الوجود، وقيل: هو بحسب الاجتهاد.

المسألة الثانية: العفاص: الخرقة[4]، والوكاء: الخيط[5]، وقيل عكسه، وهل يكتفى بالعلامات أو لا بد من البينة على ذلك قولان.

المسألة الثالثة: إذا اعتبرنا العلامات من غير بيّنة فهل يكفي بالعفاص والوكاء، أو لا بدّ من معرفة العدد والصفة، قولان، وإذا قلنا: إن العلامة تكفي عن البينة، فهل يكتفي بواحدة من العلامات أم لا بد [37/ظ] من معرفة جميعها، واختلفت الروايات في ذلك عن المذهب، وهل يستظهر عليه باليمين مع معرفة العلامات، إذا بنينا على جواز الاكتفاء بها أم لا قولان[6].

قوله: «فإن مضت سنة، ولم يات من يطلبها فإن شاء الملتقط تركها في يده أمانة»: قلت: هو مخيّر بين ثلاثة أمور أن يتركها تحت يده أمانة، ولا ضمان عليه إن تلفت بغير فعله، أو يتصدق بها، أو يتملكها ديناً في ذمته، فإن جاء ربها غرمها له، وإن تصدق بها فهل يضمنها أم لا؟ قولان[7] عندنا، الضمان وهو المشهور نقلاً، ونفيه وهو الظاهر نظراً لقوله ﷺ: **(وإلا فشأنك بها)** وهذا تمليك شرعي.

= شرب الناس والدواب من الأنهار، حديث (2243) 2/ 836؛ صحيح مسلم، كتاب اللقطة، حديث (1722) 3/ 1347.

(1) كذا في النسختين، وفي بداية المجتهد 2/ 468 (استحسن).

(2) النوادر 10/ 468؛ المنتقى 8/ 54؛ المقدمات 2/ 480.

(3) التفريع 2/ 272؛ عيون المجالس، القوانين الفقهية ص224.

(4) قال ابن منظور: العفاص: هو الوعاء الذي يكون فيه النفقة إن كان من جلد أو من خرقة أو غير ذلك. ينظر: لسان العرب 7/ 55.

(5) النهاية في غريب الحديث 1/ 32، 139، 5/ 221.

(6) النوادر 10/ 471؛ المنتقى 8/ 58؛ بداية المجتهد 2/ 496؛ القوانين الفقهية ص225.

(7) النوادر 10/ 467؛ بداية المجتهد 2/ 495؛ المعونة 2/ 1262.

قوله: «على كراهية (منا لذلك)[1]»: يشير إلى نحو ما قدمناه في كراهية استسلاف الوديعة، وهذا فيما يتصور فيه التعريف، وأما الطعام (الرطب)[2] الذي يفسد بتركه فحكمه ما ذكر أن ملتقطه بالخيار بين أن يتصدق به أو يأكله، ويضمنه إن كانت له قيمة، وقد بيّن ﷺ حكم ضالة الإبل والغنم[3] فلا يعرض لضالة الإبل، ويأكل ضالة الغنم في الصحراء، ولا يضمن قيمتها[4]، وإن شاء تصدق بها، وقد قيل في المذهب: لا ضمان عليه إذا أكلها، لأنها تمليك شرعي، فإذا وجد ضالة الغنم في قرية أو بقرب العمران لم يلتقط.

واختلف المذهب في ضالة البقر هل تلحق بالإبل أو بالغنم فيه ثلاثة أقوال: إلحاقها بالغنم أو بالإبل أو التفرقة[5]، فإن كان لها قرون تدفع بها عن نفسها، فهي في معنى الإبل وإلا فهي في معنى الغنم، ثم ذكر حكم اللقطة يردها بعد أن أخذها، (ولباب)[6] القول فيه أنه إن أخذها اختباراً لم يضمن، وإن أخذها احتفاظاً ضمن.

---

(1) في نسخة: «ش»: (هناك) وفي نسخة: «خق»: (من له بذلك).

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) حديث: **(هي لك أو لأخيك أو للذئب)**. ينظر: مصنف ابن أبي شيبة 4/ 416.

(4) بداية المجتهد 2/ 497.

(5) النوادر 10/ 479؛ المعونة 2/ 1262؛ المنتقى 8/ 64؛ المقدمات 2/ 481.

(6) في نسخة: «ش»: (وأجاب) والصواب ما أثبته من نسخة: «حق».

كتاب الشفعة[1] والقسمة[2]

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«ولا شفعة إلا في عقار أو ما يتصل به»** قلت: الشفعة مشتقة من (الشفع)[3] الذي هو ضد الوتر، لأن الشفيع شفع حظه بالحظ المستشفع فيه فصار شفعاً بعد أن كان وتراً، وقيل: إنها مشتقة من الشفاعة، لأن فيها توسطاً وعدلاً بين الشركاء عند المشاحة في الأملاك (وقيل: من الزيادة، قال الله تعالى: ﴿مَّن يَشْفَعْ شَفَٰعَةً حَسَنَةً﴾ [النساء: 85] أي: يزيد عملاً صالحاً إلى عمله)[4] وهي قاعدة أنشأتها المصلحة، ودعت إليها الضرورة، وإلا فهي خارجة عن أصول الشرع، لأن فيها جبراً لمالك على الخروج عن ملكه (دفعاً)[5] لضرر الشركة، قال بعض (أشياخنا)[6] وقيل: إنها معللة برفع ضرر القسمة، فلا تجب فيما لا ينقسم. وأجمع المسلمون على أنها مشروعة[7]، والدليل على ذلك قوله ﷺ: **(الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة)**[8] ولم يختلف العلماء أنها واقعة

---

(1) الشفعة في اللغة الزيادة، وضم ما تطلبه إلى ما عندك، وهي مشتقة من الشفع وهو الزوج لأنها ضم جزء إلى جزء فيصير به شفعاً، وفي الاصطلاح هي: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه. ينظر: لسان العرب 8/ 184؛ غرر المقالة ص227؛ حدود ابن عرفة 2/ 474.

(2) القسمة في اللغة الفرز، وتجزئة الشيء، وفي الاصطلاح: تصيير مشاع من مملوك مالكين معيناً، ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض. ينظر: معجم مقاييس اللغة 5/ 86؛ المصباح المنير 2/ 503؛ حدود ابن عرفة 2/ 492.

(3) في نسخة: «خق»: (الشفيع) والصواب ما أثبته من نسخة: «ش».

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) في نسخة: «خق»: (رفعا).

(6) في نسخة: «خق»: (شيوخنا).

(7) المقدمات 3/ 65؛ البداية 2/ 415.

(8) حديث: **(الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة)**: =

في الأرضين كلها مبنية كانت أو غير مبنية، واختلفوا فيما سوى ذلك، والجمهور على أنه لا شفعة فيما عدا العقار[1] اعتماداً منهم على دليل الخطاب في قوله ﷺ: **(الشفعة فيما يقسم) فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة)**.

وقسم القاضي محل الشفعة ثلاثة أقسام: عقار، ومتعلق بالعقار كالبئر، وفحل النخل، ومشبه به كالثمار، وكراء الأرض للزرع ونحوه، ودرج في هذا التقسيم أنواعاً مختلفة، أما العقار فلا خلاف في وجوب الشفعة فيه، واختلف المذهب في مسائل:

المسألة الأولى: ما لا ينقسم من العقار إلا قسمة فساد كالحمام والرحى ونحوه، وهل تثبت فيه الشفعة أم لا؟ اختلف فيه عن **مالك** على قولين: إثبات الشفعة ونفيه[2]، فالإثبات لقوله ﷺ: **(الشفعة في كل شرك)**[3] والنفي لقوله ﷺ: **(لا ضرر ولا ضرار)** وقياساً على العبد والعرض ونحوه مما لا ينقسم، وكذلك الخلاف في جواز قسمته وإن أدى ذلك إلى الفساد، وهل يجبر عليها من أباها أم لا قولان، وحكى بعض أشياخنا في أحجار الرحى ثلاثة أقوال[4]: وجوب الشفعة فيها **لابن وهب**، ونفى الشفعة مطلقاً، والشفعة في الأسفل لكونه من البنيان دون الأعلى.

= صحيح البخاري، كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، حديث (2138) 2/ 787؛ سنن الترمذي، كتاب الشفعة، باب ما جاء إذا حدت الحدود وقعت السهام فلا شفعة، حديث (1370) 3/ 652؛ سنن أبي داود، كتاب الشفعة، باب في الشفعة، حديث (3514) 3/ 285؛ سنن النسائي، كتاب الشفعة، باب ذكر الشفعة وأحكامها، حديث (4704) 7/ 320؛ سنن ابن ماجه، كتاب الشفعة، باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة، حديث (2497) 2/ 834.

(1) المدونة 14/ 402؛ التفريع 2/ 299؛ المقدمات 3/ 64؛ القوانين الفقهية ص189.

(2) عيون المجالس 4/ 1773؛ المنتقى 8/ 179.

(3) حديث: **(الشفعة في كل شرك)**: صحيح مسلم، كتاب الشفعة، باب الشفعة، حديث (1608) 3/ 1229؛ سنن أبي داود، كتاب الشفعة، باب في الشفعة، حديث (3513) 3/ 285؛ سنن النسائي، كتاب الشفعة، باب بيع المشاع، حديث (4646) 7/ 301.

(4) الكافي ص437؛ التاج والإكليل 4/ 497.

المسألة الثانية: اختلف المذهب في الشفعة في الثمار على قولين المشهور وجوب الشفعة وهو قول **ابن القاسم**، **وأشهب** كان الأصل لهما أو لم يكن، والشاذ نفي الشفعة قاله **المغيرة وابن الماجشون**[1] لأنها من قبيل (المنقولات)[2] وهو قول **الشافعي**[3]، وقال **مالك** في قوم شركاء في ثمرة إذا كان الأصل لهم، أو كانت النخل في أيديهم مساقاة، أو كانت حبساً على قوم، وأثمرت فباع أحدهم نصيبه منها فإن شركاءه يأخذون ما باع بالشفعة[4].

المسألة الثالثة: البئر والنخلة الواحدة ونحو ذلك هل فيه الشفعة أم لا فيه القولان الجاريان فيما لا ينقسم من العقار[5].

المسألة الرابعة: في أكرية الدور والمدين وكتابة المكاتب، هل في ذلك الشفعة أم لا فيه قولان في المذهب، وذلك مثل أن تكون الدار بين مالكين فيكري أحدهما نصيبه فشريكه أحق بذلك من الأجنبي، وكذلك صاحب الدين أحق بالدين الذي عليه من الإجنبي[6]، وروى أن النبي [38/و] ﷺ: **(قضى بالشفعة في الدين)**[7] والمكاتب أولى بنجومه من المشتري اعتماداً على قاعدة رفع الضرر.

المسألة الخامسة: الأنقاض هل فيها شفعة أم لا. اختلف المذهب في ذلك على قولين إثبات الشفعة ونفيها[8]، قال مالك في قوم بنوا في عرصة مغارة فباع أحدهم نصيبه من النقض فرب الأرض مبدأ فإن شاء أخذ ذلك

---

(1) في نسخة: «خق»: (المتولات).

(2) التفريع 2/ 299؛ المعونة 2/ 1268؛ عيون المجالس 4/ 1762؛ المعونة 2/ 1268؛ المنتقى 8/ 180.

(3) روضة الطالبين 5/ 69؛ مغني المحتاج 2/ 297. وبه قال الحنفية والحنابلة. ينظر: الهداية 4/ 360؛ المغني 5/ 464.

(4) المدونة 14/ 427.

(5) المعونة 2/ 1269؛ المنتقى 8/ 212؛ بداية المجتهد 2/ 418.

(6) بداية المجتهد 2/ 417.

(7) حديث: **(أنه ﷺ قضى بالشفعة في الدين)** لم أقف عليه في كتب الحديث وقد أورده ابن رشد في البداية 2/ 417.

(8) المقدمات 3/ 80.

بالأقل من القيمة نقضاً، أو الثمن، فإن أبى فلشريكه أخذه بالثمن[1]، وقال **أشهب**: لا شفعة في ذلك لشريكه[2]، إذ لا ملك له في العرضة، قال: وهو بيع لا يجوز بيعه جميعاً، أو أحدهما لأن رب الأرض له أن يبقيه، ويؤدي قيمته نقضاً، أو يأمره بقلعه، فلم يدر المشتري ما اشترى نقضاً أو قيمته.

قوله: «وتجب الشفعة بالخلطة» [3] يعني: خلطة الشريك، ولا خلاف في وجوبها للشريك المخالط لقوله ﷺ: **(الشفعة في كل شرك)** واحترز القاضي من مذهب أهل العراق في الشريك المقاسم قال **أبو حنيفة** (الشفعة مرتبة)[4] فأولى بها الشريك الذي لم يقاسم، ثم الشريك المقاسم، إذا بقيت الشركة في (الطرق)[5] ثم الجار[6]، والمعتمد لنا أنه ﷺ **(قضى بالشفعة فيما لا ينقسم بين الشركاء، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة)**.

قوله: «ولا شفعة في سائر العروض والحيوان والرقيق»: تنبيه على مذهب **ابن أبي ليلى** القائل بوجوب الشفعة في ذلك[7]، وكذلك لا شفعة عندنا في الطعام، ولا في حق من حقوق الأملاك كالممر ومسيل الماء والطريق أي العلو ونحوه[8] كما بينه القاضي بعد.

قوله: «وما يعتبر في انتقال المالك الذي تجب (وفيه)[9] الشفعة روايتان»: تقرر في هذا للمشفوع عليه، وهو كل ما تجرد ملكه اللازم اختياراً (بالتجرد بعوض، واحترز بالتجرد)[10] من رجلين اشتريا داراً معاً فلا شفعة

---

(1) المدونة 14/ 802.
(2) المقدمات 3/ 80 ـ 81.
(3) المراد بالخلطة: الشركة في مشاع غير مقسوم.
(4) بياض في نسخة: «خق».
(5) في نسخة: «خق»: (الطروق).
(6) مختصر القدوري 2/ 107؛ تحفة الفقهاء 3/ 49.
(7) المقدمات 3/ 64.
(8) التفريع 2/ 299؛ الكافي ص437؛ المنتقى 8/ 212.
(9) في نسخة: «غ»: (به).
(10) في نسخة: «خق»: (واحترزنا بالتحديد).

لأحدهما على صاحبه إذ لا تجدد لأحدهما. وقولنا: «اختياراً» احترازاً من تجدد الملك بالميراث.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«فأما الميراث فمجمع على أن لا شفعة فيه»** قلت: وهذا إجماع من الجمهور، وحكى **(الطائي)**[1] عن **مالك** أن الشفعة تكون في الميراث وهو شاذ، وفي الشفعة في الهبة والصدقة لوجه الله روايتان الشفعة في ذلك، وإثباتها فمن اعتبر الضابط الأول الذي ذكرنا وهو العوض أسقط الشفعة، ومن اعتبر دخوله في الملك اختياراً ألحق الهبة والصدقة بالبيع والصلح، لتساويها في أنه ملك اختياري، وهبة الثواب بيع من البيوع يأخذ الشفيع فيها بقيمة الثواب أو بمثله إن كان له مثل، فإن أتى به أكثر من القيمة قال ابن القاسم يأخذ بقيمة العوض ما بلغ وقال أشهب ذلك قبل الفوت، وأما بعده فيأخذ بالأقل من قيمة الثواب أو الهبة[2]، واختلف قول **مالك** في المناقلة: وهي تبديل أرض بأرض[3] فقال **ابن القاسم** في العتيبة فيها الشفعة، وقال **مطرف، وابن الماجشون** لا شفعة في ذلك[4]، ويأخذ بالشفعة في الإقالة والتولية والشركة، وتقع الشفعة في البيع الفاسد، إذا فات بالقيمة، وإن كان قائماً رد.

قوله: «وهي على قدر الحصص»: وهذا هو المعتمد عليه من المذهب[5]، وعندنا رواية شاذة أنها على عدد الرؤوس سمعناها في المذكرات، ولا تكاد تعرف في المذهب، وهذا صريح مذهب **أبي حنيفة** والكوفيين[6]، والمعتمد لنا أن الشفعة حق مرتب على حسب الملك، فينبغي

---

(1) في نسخة: «ش»: (الطباشي).

(2) المنتقى 8/ 191.

(3) بداية المجتهد 2/ 419.

(4) المقدمات 3/ 66 ـ 67.

(5) المدونة 14/ 401؛ التفريع 2/ 299؛ المعونة 2/ 1269؛ المقدمات 3/ 67؛ وإلى هذا ذهب الحسن البصري، وابن سيرين وعطاء والشافعي في القديم، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: اوم 4/ 3؛ روضة الطالبين 5/ 100؛ المغني 5/ 351؛ الإنصاف 6/ 275.

(6) مختصر الطحاوي ص121؛ مختصر القدوري 2/ 116؛ الهداية 4/ 351؛ وهذه رواية =

أن توزع على مقدار الأصل كسائر الحقوق المشتركة من الغلاة وغيرها.

قوله: «**والشريك الأخص أولى من الشريك الأعم**»: ومعنى ذلك أن وجوه الشركة تختلف كذوي السهام أحق من العصبة، ويدخل أهل السهام من العصبة لقوة مرتبتهم، ولا يدخل العصب على ذوي السماع مثل أن يموت رجل ويترك ابنتين وابن عم، فتبيع أحد البنين حظها، فأختها أحق بالشفعة في حظها من بني عمها، ولو باع أحد من بني العم شفع فيه البنات وابن العم الآخر، ومن ذلك أن يترك الميت جدتين وأخوين لأم وإخوة لأب فأرادت إحدى الجدتين بيع حظها من السدس، فالجدة الأخرى أحق من باقي الشركاء، فإن باعت الجدتان فالشفعة لباقي الورثة، وإن باع أحد من الأخوين للأم شفع في حظه أخوه لأمه، وعلى هذا الأسلوب يتخرج هذا الباب، هذا صريح المذهب، ورواية ابن القاسم عن مالك، وقال **أشهب**: لا يدخل أهل السهام على العصبة (ولا العصبة على أهل السهام، وقيل: يدخل السهام على العصبة)[1] ولا ينعكس[2].

قوله: «**وتجب الشفعة بمثل العوض (وصفته إن كان من الأثمان أو مما يكال أو يوزن، وبقيمته إن كان من غير ذلك)[3] وقيمة الشقص**»: وهذا تنويع بحسب الحال فتجب بمثل الثمن فيما له مثل كالمعدود والمكيل والموزون، بالقيمة إن كان الثمن عرضاً أو حيواناً والقيمة تقوم [38/ظ] مقام المثل عند تعذر المثل، ولو صالح بشقص في موضحة، أو منقلة فإنه يأخذ دية، الموضحة أو المنقلة ولو صالح بشقص عن دم عمد شفع الشفيع بقيمة الشقص (وشفع)[4] عن دماء الخطأ بالدية إذ هي الواجبة في الخطأ دون العمد، ومن

= عن الحنابلة، وبه قال أيضاً الشعبي والنخعي، وسفيان الثوري، والشافعي في الجديد وهو اختيار المزني. ينظر: مصنف عبد الرزاق 885؛ الأم 4/ 3؛ روضة الطالبين 5/ 100؛ المغني 5/ 523؛ الإنصاف 6/ 275.

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) المدونة 14/ 349؛ التفريع 2/ 299 ـ 300؛ المعونة 2/ 1270؛ المنتقى 8/ 199.

(3) ساقطة في نسختي: «خق» و«ش».

(4) في نسخة: «خق»: (ويصالح).

ابتاع شقصاً وعروضاً في صفقة فض الثمن على ذلك بالقيمة، فما وجب للشقص شفع به، (وليس للمشتري تفريق الصفقة لأن الشفيع لا يلزمه أن يأخذ ما لا شفعة فيه)[1] ولو اشترى أشقاصاً شفيعها واحد، وأراد الشفيع أن يأخذ شفعة في واحد منها، (ويترك بقيمتها)[2] لم يكن له ذلك إلا برضى المشتري، ولو باع شقصاً لرجل وله عدة شفعاء، فأراد بعضهم الأخذ بشفعته في حظه، وسلم سائرهم فليس له إلا أن يأخذ الكل أو يدع، ولو كان بعض الشفعاء حاضراً، وبعضهم غائباً، فأراد الحاضر أن يأخذ بحظه لم يكن له ذلك، لأن تبعيض الصفقة ضرر (وكذلك إذا تعدد المشتري والشفيع... فسلم لبعضهم فليس له ذلك، وأجازه أشهب)[3].

قوله: «ولا تبطل الشفعة إلا بتركها أو ما يدل على الترك أو يأتي من طول المدة ما يعلم معه أنه تارك» قلت: الشفيع على قسمين: غائب، وحاضر، فالغائب على شفعته أبداً، ولو طالت غيبته ما طالت، واختلف في الحاضر على خمسة أقوال: الأول: أنه لا حد في بطلان شفعته، والثاني تبطل بانقضاء السنة قاله **أشهب**، والثالث: أنها تبطل (إذا قاربت السنة كعشرة الشهر ونحوها، والرابع أنها تبطل)[4] إذا ترك القيام بطلبها أكثر من سنة، والخامس أنها تبطل (بعد)[5] الخمس الأعوام لا أقل من ذلك قاله **ابن الماجشون**: إلا أن يحدث المشتري بناء أو نحوه فتنقطع شفعته في أقل من ذلك، وقال **أصبغ**: تبطل بعد السنتين والثلاثة، وروى عن **أشهب** أنه بالغ في التحديد بالسنة حتى قال: إذا غربت الشمس من آخر أيام السنة ولم يقم، فلا شيء له، وقال **ابن ميسر**: ما قارب السنة فحكمها حكمه[6]، وقال **ابن وهب**: إذا علم بوقوع الشفعة فسكت فلا شفعة له إلا أن يشهد، وفي العتبية من رواية

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) في نسخة: «خق»: (وترك قيمتها).
(3) ساقطة في نسخة: «ش».
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) ينظر: في جملة هذه الأحكام: التفريع 2/ 301؛ المعونة 2/ 1274؛ عيون المجالس 4/ 1758 ـ 1579؛ المنتقى 8/ 195؛ المقدمات 3/ 70 ـ 71.

ابن القاسم في شفيع قام بعد شهرين أيحلف قال: لا، وروى عنه فيمن قام بعد تسعة أشهر قال: يحلف، وفي كتاب محمد يحلف بعد (سبعة)[1] أشهر أو خمسة، ولا يحلف في شهرين قال ابن عبد الحكم إذا قال الشفيع: لم أعلم بالبيع وهو بالبلد فهو مصدق، ولو بعد أربع سنين، قال محمد: وإن الأربع كثير، ولا يصدق في أكثر منها، وروى عن **(ابن الماجشون)**[2] أن الشفعة للحاضر بعد أربع سنين[3]، ووقع إلى العشرة أعوام، والمختار عند المحققين أنها لا تبطل إلا بالقول أو الفعل الدالين على الإبطال لقوله ﷺ: **(الشفيع أحق بشفعته)**[4] ولم يعلقه بمدة، ولم يفرق بين حاضر وغائب، ولو اضطر المشتري شفيعه إلى الأخذ، أو الترك كان له ذلك، ويتلوم (للمضطر)[5] في ذلك اليومين والثلاثة قاله في المختصر، وقيل: لا يتلوم البتة، وكذلك يتلوم على المشتري اليومين والثلاثة مما لا يضر بالمشتري، وقيل: لا تأخير البتة، ومجهلة الثمن مع طول الزمان، وموت الشهود يسقط الشفعة.

قوله: «ولا تجب إلا بعد تمام البيع واستقراره»: نص على بيع البتة احترازاً من بيع الخيار، ولا شفعة فيه حتى يتم البيع عندنا[6] خلافاً لأبي حنيفة[7] حيث قال: إن كان الخيار للبائع فلا شفعة فيه، وإن كان للمشتري وجبت فيه الشفعة، وفي معنى البيع كل معاوضة.

قوله: «وهي (موروثة)[8] كسائر الحقوق»[9]: تنبيهاً على مذهب أبي

---

(1) في نسخة: «ش»: (أربعة) والصواب ما أثبته من نسخة: «خق». ينظر: المنتقى 8/ 108.

(2) في نسخة: «ش»: (ابن القاسم)، والصواب ما أثبته من نسخة: «خق». ينظر: المقدمات 3/ 70.

(3) المنتقى 8/ 196 ـ 198؛ المقدمات 3/ 70 ـ 71.

(4) لم أقف على هذا الحديث بهذا اللفظ.

(5) في نسخة: «خق»: (النظر).

(6) المعونة 2/ 1280؛ بداية المجتهد 2/ 419.

(7) مختصر القدوري 2/ 114.

(8) في نسخة: «غ»: (موروث).

(9) المعونة 2/ 1279؛ عيون المجالس 4/ 1770؛ المقدمات 3/ 71. وبه قال الشافعي =

حنيفة[1] لقوله ﷺ: **(من ترك مالاً أو حقاً فلورثته)** ولأنه خيار لدفع الضرر، فقام فيه الوارث مقام المورث أصله الرد بالعيب.

قوله: «وإذا بنى المشتري أو غرس لم يكن للشفيع أن يأخذ بالشفعة إلا مع قيمة (البناء)[2] أو الغرس»: وهذا تنبيه على خلاف **أبي حنيفة**[3]، قال: هو متعد في البناء والغرس، ويأخذ الشفيع بالثمن، ويجبر المشتري على نقض البناء والغرس إلا أن يكون زرعاً فيترك إلى الحصاد، والدليل لنا أنه تصرف بوجه جائز، فلا سبيل إلى إتلافه بالنقض تفريقاً بينه وبين عرق الظالم.

قوله: «وإن اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه»[4]: وهذا هو المشهور من المذهب فيما إذا اختلف المشتري والشفيع، فالقول قول المشتري مع يمينه إن أتى بما يشبه، لأنه المدعَى عليه، وقال **أشهب**: القول قوله إن أتى بما يشبه من غير يمين، فإن أتى بما لا يشبه قيل: القول قول الشفيع وهو قول **ابن القاسم**، أو قول المشتري وهو قول **أشهب**، وإذا أقاما معاً البينة قضى بأعدلهما، فإن تساوت بينهما سقطتا على المشهور، وقال أشهب: البينة بينة المشتري لأنها زادت، ولو تنازعَا في العفو عن الشفعة فالقول قول الشفيع لأنه المدعى عليه، ولو تنازعا في كون الشفيع شريكاً فالقول قول المشتري فيحلف أنه لا يعرف له شريكاً[5] وإذا أقر (أحد)[6] ببيع الشقص، وأنكر الآخر الشراء حلف أنه لم يشتر وسقطت الشفعة، لأن عهدة الشفيع على المبتاع.

= وأحمد وإسحاق والأوزاعي. ينظر: الأم 4/ 7؛ روضة الطالبين 5/ 94؛ الإنصاف 6/ 293؛ المغني 5/ 501.

(1) مختصر الطحاوي ص123؛ مختصر القدوري 2/ 113؛ الهداية 4/ 364.

(2) في نسختي: «ق» و«ز»: (البنيان).

(3) الهداية 4/ 358، وبه قال الثوري والمزني. ينظر: مختصر المزني ص120؛ المغني 5/ 501.

(4) المراد بقوله: إن آتى بما يشبه أي يشبه أن يكون ثمنها فيما يتغابن الناس فيه. ينظر: المدونة 14/ 404.

(5) المعونة 2/ 1282؛ المنتقى 8/ 189؛ بداية المجتهد 2/ 426.

(6) في نسخة: «خق»: (المالك).

قوله: «وإذا بيع الشقص[1] بثمن إلى أجل فإن وثق المشتري بالشفيع وإلا أتاه بثقة مليء»: وهذا (مذهب)[2] **مالك** رحمه الله [39/و] وقال غيره[3] لا يأخذ الشفيع بالشفعة إلا أن يعجل الثمن وهو ظلم عليه.

قوله: «ويوضع عن الشفيع ما حط (البائع)[4] عن المشتري من الثمن مما يشبه» وهذا مذهب **مالك**[5]، لأن الشفيع قد حل محل المشتري[6]، وقال **الشافعي**[7]: لا يحط عنه شيء البتة، لأنها هبة محضة، والأول أصح تحكيماً للعادة، وإلحاقاً لذلك بالثمن، وهذا فيما قرب، وأما ما زاد على (المعتاد)[8] فهبة (محققة)[9] وههنا مسائل تتعلق بالشفعة:

المسألة الأولى: تثبت الشفعة للشريك، وإن كان كافراً إذا كان البائع مسلماً، كان المشتري مسلماً أو كافراً، وإن كان الشفيع والمشتري ذميين فلا شفعة، إذ لا محاكمة بينهما، قال أشهب: تجب الشفعة إذا كان في الصفقة مسلم من غير تفصيل.

المسألة الثانية: الإقالة لا تبطل الشفعة لأنها بيع حادث بعد تقرر ملك المشتري ووجوب الشفعة عليه، ولا خلاف عندنا أن عهدة الشفيع على المشتري. واختلف المذهب على من تكون العهدة بعد الإقالة[10]، فقيل:

---

(1) الشقص: بالكسر: القطعة من الأرض، والطائفة من الشيء، أو النصيب. ينظر: مختار الصحاح ص144؛ النهاية 2/ 490؛ لسان العرب 7/ 48.

(2) في نسخة: «خق»: (ما ذهب إليه مالك).

(3) عيون المجالس 4/ 1763؛ الإشراف 2/ 50؛ وهو مذهب الشافعية والحنابلة. ينظر: مغني المحتاج 2/ 301؛ المغني 5/ 507؛ الإنصاف 6/ 301.

(4) ولعله يقصد أبا حنيفة الذي يرى أن على الشفيع أن يعجل الثمن ويأخذ الشخص بالشفعة أو ينتظر حتى يحل الأجل فيؤدي الثمن ويأخذ بالشفعة. ينظر: الهداية 4/ 357؛ شرح فتح القدير 8/ 319.

(5) ساقطة في نسخة: «غ».

(6) المنتقى 8/ 193.

(7) مختصر المزني ص120 ـ 121؛ المهذب 1/ 385.

(8) في نسخة: «خق»: (المبتاع).

(9) في نسخة: «خق»: (محضة).

(10) التفريع 2/ 302؛ عيون المجالس 4/ 1774؛ المعونة 2/ 1277؛ المنتقى 8/ 215؛ المقدمات 3/ 67.

على المشتري نظراً إلى أنها وجبت عليه بالعقد الأول، وقيل: الشفيع مخير بين أن تكون عهدته على البائع تحكيماً للإقالة، أو على المشتري تحكيماً للعقد الأول، قال **مطرف وابن الماجشون**: إن ظهر من حال المتقائلين أنهما قصداً قطع الشفعة، فالعهدة على المبتاع، وإن ظهر أن الإقالة بقصد صحيح لا يقصد قطع الشفعة فالخيار للشفيع في أن تكون عهدته على أيهما شاء[1].

المسألة الثالثة: إذا تصرف المشتري في الشقص قبل قيام الشفيع ببناء، أو غرس وجب للمشتري على الشفيع قيمة ما زاد من بناء أو نحوه، فإن أحب الشفيع دفع قيمة ذلك له مع ثمن الشقص وأخذ بالشفعة وإلا ترك، ولا يضمن المشتري للشفيع شيئاً مما حدث في الشقص من هدم، أو حرق، أو قطع، ونحوه، وإلا أن يفعل ذلك قصد الإتلاف عليه، وليس للشفيع شيئاً فيما اغتل المشتري من دار، أو أرض، لقوله ﷺ: **(الخراج بالضمان)**.

المسألة الرابعة: لو اشترى أرضاً فزرعها، ثم استحق نصفها، فأراد المستحق أن يأخذ نصفها الآخر بالشفعة والزرع لم يطلع ففيه تفصيل، أما النصف المستحق فزرعه للمشتري، وعليه كراء الأرض، وأما النصف المستحق بالشفعة فزرعه للمشتري، ولا كراء عليه فيه، لأنه كان ضامناً له، فخراجه له، وروي عن **مالك** أن الشفيع يأخذ نصف الأرض بنصف الثمن ويدفع قيمة نصف العمل والبذر، ويكون له نصف الزرع حينئذٍ.

المسألة الخامسة: إذا بيع الشقص مراراً فللشفيع أن يأخذ بأي البياعات شاء (وينتقض)[2] ما بعده ولو باع نصف دار، أو نصفاً من شقص بيع خيار، ثم باع النصف الآخر من آخر بيع (بت)[3] فهل تكون الشفعة لمبتاع الخيار أم لمبتاع البت قولان مبنيان على بيع الخيار هل يعد ماضياً من حين انعقاده أو من حين إمضائه، وفي هذا الأصل خلاف.

---

(1) وقال ابن أبي ليلى: العهدة على البائع في كل وجه وقال أبو حنيفة هي على من يؤخذ الشقص منه كان البائع أو المشتري. ينظر: مختصر الطحاوي ص132؛ مختصر القدوري 2/ 112؛ المقدمات 3/ 67؛ بداية المجتهد 2/ 425.

(2) في نسخة: «خق»: (وينقض).

(3) في نسخة: «ش»: (يقل).

المسألة السادسة: هل يلزم إسقاط الشفعة قبل وجوبها أم لا؟ قولان مبنيان على الوفاء بالوعد هل هو لازم أم لا؟ والمشهور أنه إذا وهب شفعته قبل وجوبها لم يلزمه، وإذا أخذ العوض عن ذلك قبل الشراء بطل، ورد العوض وكان على شفعته.

المسألة السابعة: إذا باع الحظ الذي يستشفع به فهل له الشفعة أم لا؟ قولان عندنا، وذلك مثل أن يتراخى عن الأخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذي كان به شريكاً، فاختلف قول **مالك**: هل له الأخذ بالشفعة لوجوب الحق له قبل البيع أو لا؟ لانتفاء الضرر، وهو قول **أشهب**، ويبطل الشفعة مساومة الشفيع لمبتاع وطلبه المعاوضة والكراء والقسمة، ولا يحوز بيع الشفعة لغير المبتاع ولا أخذها للبيع، لأن مشروعيتها لرفع (الضرر بالشركة)[1].

قال القاضي رحمه الله: «**فصل الأعيان[2] ضربان**»: القسمة تصرف فيما له كمية بالتفريق قاله الأستاذ **أبو إسحاق الإسفراييني**، والأصل في مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله سبحانه: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينُ﴾ [النساء: 8] الآية وقوله سبحانه: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ ﴿١٤١﴾﴾ [الصافات: 141]، وقوله: ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: 44]، وأما السنة فقوله ﷺ: **(كل ملك أدركه قسم الجاهلية فهو على قسم الجاهلية، وما أدركه الإسلام فهو على قسم الإسلام)**، وقال عليه السلام[3]: **(فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)** وقد قسم الله سبحانه المواريث والغنائم بين أهلها، وأسهم ﷺ بين العبيد (الستة)[4] المعتقين في المرض، والإجماع منعقد على أنها مشروعة، وقسم القاضي المتملكات قسمين: منها ما ينقسم نوعه دون عينه، ومنها ما ينقسم (نوعه وعينه)[5] فالأول كالثوب، والدابة والعبد والسفينة وما في معنى ذلك كالخف

---

(1) في نسخة: «خق»: (ضرر الشركة).
(2) في نسخة: «ش»: زيادة (المقسومة).
(3) ساقطة في نسخة: «ش».
(4) ساقطة في نسخة: «ش».
(5) في نسخة: «ش»: (أنواعه وأعيانه).

والنعل والباب، وما لا يمكن إفراده إلا بفساد وضرر، وهذا إن لم تنقسم عينه انقسم ثمنه (بالبيع)[1] من الأجنبي، أو بالمزايدة بين الشريكين ويجبر على ذلك من أباه [39/ظ] منهما، ولا سبيل إلى قسمة عينه لما في ذلك من الإضرار لشريكه، وإبطال منفعته، وإتلاف ملكه عليه فلا يمكن من ذلك من دعا إليه، وإن رضي بإتلاف ملكه، ويجبر من أبي البيع عليه، لأن في بيع حصته وحده ضرراً (على شريكه ونقصاً من القيمة وحطاً من حقه فيجبر على البيع في هذه الصورة)[2] كما يجبر على إخراج ملكه بالشفعة رفعاً للضرر في المحلين من حيث إن البقاء على حكم الشركة غير لازم، ومن أراد من الشركاء الانفراد بحصته فذلك له بالوجه الممكن، فإن أمكن بالقسمة وإلا (بيع)[3] إذ لا طريق للانفراد إلا ذلك، وأما ما ينقسم من الأعيان (فإن قسمته)[4] على ثلاثة أضرب: قسمة مهاياة، وقسمة بيع ومراضاة، وقسمة تعديل وتقويم[5].

القسمة الأولى: قسمة المهاياة بالياء، سميت بذلك لأن كل واحد هيأ لصاحبه السكنى والانتفاع، ويقال المهاناة بالنون من قولهم هنان الطعام، والمعنى صادق على اللفظين، وهذه القسمة على ضربين مهاياة في الأعيان، ومهاياة في الأزمان، أما مهاياة الأعيان فمثل أن يأخذ أحد الشريكين داراً ليسكنها (والآخر دار أخرى يسكنها)[6]، أو أرضاً يزرعها، والآخر أرضاً مثلها، ولا خلاف في أنها جائزة مع التراضي ولا يجبر عليها من أباها عندنا[7] خلافاً **لأبي حنيفة**، وهذه قسمة الانتفاع لا قسمة الأعيان، وأما مهاياة الأزمان فمثل أن يكون في عين واحدة أزمنة مختلفة كدار يسكنها هذا شهراً، وهذا شهراً، أو أرضاً يزرعها هذا سنة، وهذا سنة وهي أيضاً جائزة، مع التراضي منهما، ولا يجبر عليها من أباها.

---

(1) في نسخة: «خق»: (بالمبايعة).
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) في نسخة: «خق»: (بنا لبيع).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) شرح فصول الأحكام للقاضي عبد الوهاب ق3/ ظ، مخطوط خبر رقم (8178).
(6) ساقطة في نسخة: «خق».
(7) المعونة 2/ 1287؛ المقدمات 3/ 102.

القسمة الثانية: قسمة البيع مثل أن يكون أحد الشريكين أخذ داراً على أن يأخذ الآخر داراً من غير تقديم، ومحصولها راجع إلى البيع الذي من شرطه (الرضى)[1] والقبول من الطرفين، وهذه القسمة جائزة في المتفق والمختلف، لجواز البيع فيهما، ولا يجبر عليها أيضاً من أباها بقرعة أو بغير قرعة.

القسمة الثالثة: قسمة التقويم والتعديل وهي جائزة في المتفق والمختلف بعد معرفة القيمة وهذه القسمة تمييز حق، وقيل: بيع من البيوع[2]، وقد ذكر القاضي صفة (هذه)[3] القسمة، وهي أن تقسم الفريضة، وتحقق على أقل سهامها، ثم تقوم الأملاك وتعدل على أقل السهام، وتقع التجزئة بحسب ذلك، فمن حصل له سهم من جهة كانت له، فإن اختلفا بأي الجهات يبدأ في الإسهام عليه أسهم على الجهتين.

وصفة القرعة تتصور ببندقة واحدة للإسهام، ثم يرمي إلى الجهات، أو ببندقتين، بندقة للسهم، وبندقة للجهة كما ذكر القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ.

فرع: إذا وقعت القسمة في المنافع التي سميناها قسمة مهاياة، اختلف تقدير مدة الانتفاع بحسب اختلاف المقسومات، فأما العقار الذي لا ينقل، ولا يحول فيجوز أن تكون مدة الانتفاع فيه بعيدة وقريبة، إذا وقعت القسمة للسكنى في الدارين أو للزراعة في الأرضين، فإن وقعت القسمة للانتفاع بالغلة والكراء فهل يشترط في ذلك قرب المدة حذراً من الغرر باختلاف الأكرية في اللازمة المتطاولة، أو يجوز ذلك في المدة اليسيرة والكثيرة، لأن الأعيان باقية على أصل الشركة فيه قولان عندنا، وأما القسمة فيما ينقل ويحول ويسرع إليه التغيير من الحيوان، فيشترط فيها قرب مدة الانتفاع والاغتلال، ولا يجوز ذلك مع طول المدة للتغير اللاحق المحقق للغرر والمخاطرة.

واختلفت الروايات في تقدير المدة اليسيرة فيما ينقل ويتغير، فقيل:

---

(1) في نسخة: «خق»: (التراضي).

(2) التفريع 2/ 297؛ الكافي ص445 ـ 446؛ المعونة 2/ 1288.

(3) في نسخة: «ش»: (صرف) عوض (هذه).

اليوم الواحد فقط، وقيل: الخمسة الأيام، وقيل: الشهر وما دونه، ولا يجوز أكثر من ذلك[1]، والصحيح أن المدة تختلف بحسب اختلاف المقسوم (فإن منه ما يسرع إليه التغير، ومنه ما لا يسرع إليه فيتنزل تقدير المدة على ذلك)[2].

قوله: «وإذا أراد بعض الورثة قسمة دور» إلى آخره، حاصل هذه المسألة يرجع إلى الاختلاف في تقدير القسمة فدعا بعضهم إلى القسمة على العدد، ودعا الآخرون إلى التجزئة في كل عين من الأعيان فالقول قول من دعا إلى التجزئة في الأعيان إلا أن تتفق المواضع، أو تتقارب وتتساوى المنافع أو تتقارب فالقول حينئذٍ قول من دعا إلى القسمة على العدد (وهو صريح مذهب مالك[3]، لأن قسمة العدد)[4] أنفع للفريقين، وأبعد عن الإضرار، وأعود بالصلاح (على)[5] الجميع، وقال **أبو حنيفة**[6] **والشافعية**[7] تقسم كل عين على حدتها مطلقاً، والصحيح ما ذهبنا إليه لقوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار) ثم ذكر الخلاف في قسمة الرحى والحمام، وقد ذكرنا ما فيه[8]، وجرى العمل في الأندلس بقول **ابن القاسم** في امتناع قسمة ذلك، وإن حصل لكل واحد (ما ينتفع)[9] به انتفاعاً عاماً إلى مدة حكم المنتصر بالله، فأمر بالأخذ بقول **مالك** فجرى الحكم به، وترك قول **ابن القاسم**، واعتمد **مالك** [40/و] في ذلك على قوله سبحانه: ﴿قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: 7].

تكميل: حكى المتأخرون من أشياخ المذهب في قسمة ما ينقسم إلى ما لا منفعة فيه عن المذهب ستة أقوال[10]:

---

(1) بداية المجتهد 2/ 433 ـ 434.
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) التفريع 2/ 297؛ الكافي ص48 ـ 450؛ المعونة 2/ 1289.
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) في نسخة: «خق»: (إلى).
(6) مختصر الطحاوي ص410.
(7) المهذب 1/ 348.
(8) التفريع 2/ 398؛ المعونة 2/ 1290؛ بداية المجتهد 2/ 430.
(9) في نسخة: «ش»: (ما لا ينتفع) والصواب ما أثبته من نسخة: «ش».
(10) المقدمات 3/ 98 ـ 99؛ بداية المجتهد 2/ 4291.

الأول: قول **مالك وابن كنانة** أنه يقسم ولو صار لأحدهم مقدار القدم اعتماداً على قوله سبحانه: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾.

والثاني: قول **ابن القاسم** أنه لا يقسم إلا أن يصير لكم واحد في حظه ما ينتفع به كانتفاعه قبل القسمة من غير مضرة داخلة عليه في الانتفاع.

والقول الثالث: أنه يجبر على القسمة من أباها إذا دعا إليها صاحب النصيب القليل، ولا يجبر عليها إذا دعا إليها صاحب النصبب الكثير.

والقول الرابع: عكس هذا القول.

القول الخامس: قال **مطرف** إن كانت القسمة تبطل المنفعة على جميعهم لم يقسم، وإن صار في حظ بعضهم ما ينتفع به، وفي حظ الآخر ما لا ينتفع به أجبروا كلهم على القسمة.

والقول السادس: قال **ابن الماجشون**: القول قول من دعا إلى القسمة، إذا صار لكل واحد (منهم)[1] ما ينتفع به وإن كان الانتفاع أقل من انتفاعه حال الشركة، والصحيح أن قسمة ما تؤدي قسمته إلى يطال منفعته إفساد للمال وهو منهى عنه.

قوله: «**وأجرة القسام على الرؤوس**»[2]: وهذا تنبيه على مذهب **الشافعي** القائل إنها على قدر الأنصباء[3]، والصحيح ما ذهب إليه **مالك**[4]، لأن زيادة السهام، واختلاف المقادير لا يوجب زيادة في فعل (القسام)[5] بل التعب واحد، وفي العتبية: كره **مالك** ما جعل للقسام قال **ابن حبيب**: إنما كرهه إذا كانوا يأخذونه من أموال اليتامى[6]، فأمَّا إن كانت أجرتهم في بيت

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».

(2) قوله على الرؤوس أي عدد الشركاء، وإن اختلفت حظوظهم، وسواء طلبوا القسمة جميعاً أو طلبها أحدهم.

(3) للشافعية وفي أجرة القسام قولان أحدهما ما ذكره المشارع، والثاني كقول مالك. ينظر: المهذب 2/ 378؛ **الوسيط 7/ 335**.

(4) التفريع 2/ 297؛ المعونة 2/ 1290؛ **الكافي** ص450؛ **القوانين الفقهية** ص188.

(5) في نسخة: «خق»: (القاسم).

(6) الجواهر الثمينة 2/ 781 ـ 782.

المال كأرزاق القضاة ونحوهم فجائز واحتساب ذلك كله لوجه الله العظيم أفضل، ولو طلب القسم أحد الورثة، وأبي غيره فالأجرة على الطالب والآبي سواء، وقال **أصبغ**: أجرة القسام على قدر الأنصباء كقول **الشافعي**: وهل يكتفي بقاسم واحد إذا ولاه القاضي، ويجعل ذلك حكماً أو لا بد من قاسمين فصاعداً قولان، وأجراه الشيخ **أبو إسحاق** مجرى الشهادة، فلا يكتفي فيه بأقل من قاسمين عدلين، وكان **خارجة**[1] **ومجاهد**[2] يقسمان بين الناس بغير أجر، فاستحسنه **مالك** ومن طلب القسم من أهل السهم الواحد قسم له، ويقسم على أقل السهام (لأن صاحب السهم القليل يحتاج إلى تمييز حقه، فلو لم يقسم على السهام)[3] لم يصل إلى (فرضه)[4] وبقيت مسائل تتعلق بالقسمة:

المسألة الأولى: اختلف أصحاب مالك إذا اختلفت الرباع (المتفقة)[5]، تباعدت مواضعها هل تجمع في قسمة واحدة أم لا؟ قوان عندنا، والصحيح أنهما إذا تباعدت جداً لم تجمع في القسم، وحد البعد ما جاوز ثلاثة أميال.

المسألة الثانية: الحوائط المثمرة، والأرض المزروعة إذا قسمت دون ثمارها وزرعها جازت قسمتها فإن أرادوا قسمة الثمرة أو الزرع مع الأصول، فإن بدا صلاحه، وكان مما يخرص فهل يقسم بينهم بالخرص أم لا؟ قولان[6] الجواز لأنه بيع بعد الطيب والمنع لأنه مزابنة.

المسألة الثالثة: يجمع في القسمة الصنف الواحد بعضه إلى بعض، وكذلك ما تقارب من الصنفين كالخز والحرير والقطن والكتان، ولا يجوز

---

(1) خارجة بن زيد بن ثابت الأنصاري الخباري المدني أبو زيد، يروي عن أبيه وعمه يزيد، وعن أسامة بن يزيد وغيرهم، وهو أحد الفقهاء السبعة، كان يقسم المواريث، ويكتب الوثائق توفي سنة (99هـ ـ 718م). ينظر: تهذيب التهذيب 3/ 74 ـ 75.

(2) مجاهد بن جبر كنيته أبو الحجاج، وقيل أبو محمد، تابعي من أهل مكة، ولد سنة (21هـ) وكان فقيهاً زاهداً ورعاً، توفي سنة (102هـ ـ 721م). ينظر: مشاهر علماء الأمصار ص82.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) في نسخة: «ش»: (غرضه).

(5) في نسخة: «خق»: (في المنفعة في النفاق).

(6) بداية المجتهد 2/ 430.

جمع الصنفين المتبانيين بكل حال في قسمة القرعة لما في ذلك من المخاطرة، وتجوز في قسمة التقويم لأنها بيع من البيوع.

المسألة الرابعة: الطوارئ على القسمة خمسة أنواع: الأول: الغلط ولا يقبل دعوى مدعي الغلط إلا ببينة إذا كان غلطاً فاحشاً لا (يسمح)[1] بمثله غالباً. والثاني: طرو وارث أو موصى له أو غريم طالب بدين، أما الوارث إذا طرأ بعد القسمة، ولا يخلو أن تكون التركة عيناً، أو مختنفة الأنواع، فإ كانت عيناً أخذ الوارث الطارئ من كل وارث ما ينوبه، ومضت القسمة، إذ لا فائدة لنقضها، فإن وجد أحدهم معسراً تبع الطارئ الموسر بلا خلاف، وهل يتبعه بما ينوبه وما ينوب المعسر، ويرجع على المعسر متى أيسر يوماً ما (قولان عندنا)[2] قال **ابن القاسم**: يتبعه بحظه مما في يده فقط، وخالفه **أشهب وابن عبد الحكم** وقالا يتبعه بجميع حظه، ويتبعان معاً المعسر[3] وإن كانت التركة عقاراً، أو عروضاً مختلفة مما لا يمكن الوارث الطارئ أن يصل إلى ميراثه إلا بعد نقض القسمة، فله نقضها، فإن أمكن وصوله إلى حقه من غير نقض فهو الصواب، فإن طرأ دين على التركة بعد القسمة فهل تفسخ أم لا؟ أم إذا اتفق الورثة على أداء الدين، فإن القسمة لا تفسخ بلا خلاف فإن دعا بعضهم إلى فسخها، ودعا الآخرون إلى أداء الدين، فالقول قول من دعا إلى الفسخ على المشهور[4]، وقال **سحنون**: لا تنفسخ القسمة بطرو الدين، وينظر إلى الدين من قيمة (التركة)[5] يوم الحكم، ويرجع فيما بيد كل واحد من الورثة بنسبة ذلك على حكم التجزئة [40/ ظ] واختلف المذهب في طرو الموصي له (بالثلث)[6] هل هو كطرو المديان أو كطرو الوارث، فقيل: هو كالغريم، لأن الله سبحانه قرن الوصية بالدين، وقال **ابن القاسم**: إن أوصى له بجزء

(1) في نسخة: «خق»: (يتسامح).
(2) ساقطة في نسخة: «ش».
(3) الجواهر الثمينة 2/ 786.
(4) بداية المجتهد 2/ 437.
(5) في نسخة: «خق»: (الشركة).
(6) ساقطة في نسخة: «خق».

شائع من ثلث، أو سدس أو نحوه فهو كالوارث، وإن أوصى له بدنانير، أو طعام مكيل فهو كالمديان[1]. والثالث: ظهور عيب وهو إذا اطلع أحد المتقاسمين على عيب، فإن كان المعيب الأكثر رده وبطلت القسمة، فإن رد قيمته أو مثله، وكان كالأصل فيقسم مع المعيب المردود، وإن كان المعيب الأقل رده، ورجع على شريكه بقيمة نصف العيب، واقتسما المعيب، ومضت القسمة. والرابع: الاستحقاق ولا يخلو أن يستحق بعض المال شائعاً أو معيناً، فإن استحق جزءاً شائعاً لم تنتقض القسمة، ويتتبع كل وارث بقدر ما صار إليه من حقه (وإن)[2] استحق بعضاً معيناً، وكان تافهاً رجع بنصف قيمة ذلك دنانير أو دراهم، وإن كان كثيراً رجع بقدر نصيبه فيما بيد صاحبه؟ والخامس: الغبن، ويرجع بالغبن الفاحش في قسمة التقويم والتعديل سواء كانت بالمراضاة أو بالقرعة لأنها بيع من البيوع، ولا يرجع به في قسمة المراضاة بغير تقويم، لأن مبناها على المكارمة.

مسألة: إذا اقتسموا الدار، ولم يذكروا مجاري المياه، ولا مخارج الأنصباء، وخرج الباب أو القناة في سهم أحدهم لم تنفسخ القسمة في قول **ابن القاسم**، وقضى على من حصل ذلك في سهمه لأصحابه بالدخول، أو الخروج، وصرف الماء إلى القناة القديمة لبقائها على أصل الاشتراك، وقال **ابن حبيب**: تنفسخ القسمة[3] والأول أشهر تحكيماً (للعادة)[4]، ثم ذكر إسلام الصغير، والمعتمد عليه عندنا أنه تابع لأبيه في الدين، ولأمه في الحرية والرق، وقال **ابن وهب**: هو تابع لمن أسلم من أبويه[5]، والدليل (لنا) **أنه ﷺ سئل عن أولاد المشركين فقال هم من آبائهم**[6]. والنفقة على اللقيط احتساباً

---

(1) بداية المجتهد 2/ 438.

(2) في نسخة: «خق»: (ولو).

(3) التبصرة للخمي 3/ 91/ و.

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) المعونة 2/ 1292، وبه قال أبو حنيفة والشافعي. ينظر: حاشية ابن عابدين 3/ 249؛ مختصر المزني ص136 ـ 137.

(6) حديث: **(هم من آبائهم)**: صحيح البخاري، كتاب الجهاد، باب أهل الدار يبيتون فيصاب الولدان والذراري بياتاً، حديث (2850) 3/ 1097؛ صحيح مسلم، كتاب =

محض، وليس له أن ينفق عليه على شرط الرجوع سواء أذن له في ذلك الإمام أم لا؟ إذ ليس للإمام أن يلزم ذممهم الديون التي لا تلزمهم وهو حنيئذٍ من فقهاء المسلمين، ونَبَّه القاضي على إذن الإمام تحرزاً من مذهب المخالف القائل أنه يرجع عليه إذا أذن له الإمام، والصحيح أن إذن الإمام لا يغير حكماً، وميراث اللقيط لبيت المال، إذ لا وارث له، والله الموافق بفضله.

= الجهاد والسير، باب جواز قتل النساء والصبيان في البيات، حديث (1745) 3/ 1365؛ سنن الترمذي، كتاب السير، باب ما جاء في النهي في قتل النساء والصبيان، حديث (1570) 4/ 137؛ سنن أبي داود، كتاب الجهاد، باب في قتل النساء، حديث (2670) 3/ 54.



كتاب الجنايات[1] (وموجباتها من قصاص[2] ودية[3] وما يتصل بذلك من أحكامها)[4]

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «**القصاص واجب في القتل وما دونه من الجراح**»: الأصل في وجوب القصاص في النفس والجرامات الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله سبحانه: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ۖ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾ [البقرة: 178] الآية وقوله: ﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: 179]، وقوله: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَـٰنًا﴾ [الإسراء: 33]، وقوله سبحانه: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: 45] وثبت في الصحيح أن النبي ﷺ قال: (**من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إن شاء قتله، وإن شاء عفا وأخذ الدية**)[5] وقال ﷺ لأنس بن النضر: (**يا أنس كتاب الله القصاص**)[6] وانعقد الإجماع على مشروعيته لظهور المصلحة فيه، وحفظ

---

(1) الجنايات في اللغة جمع جناية وهي الذنب والجرم وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة، وفي الاصطلاح: فعل هو بحيث يوجب عقوبة فاعله، بحد أو قتل أو قطع أو نفي. ينظر: لسان العرب 14/ 154؛ حدود ابن عرفة شرح الرصاع 2/ 632.

(2) القصاص: سمي قصاصاً لأنه يقص الخصومات أي يقطعها. ينظر: غرر المقالة ص238.

(3) الدية: مال يجب بقتل آدمي حر عن دمه أو بجرحه مقدراً شرعاً لا باجتهاد. ينظر: حدود ابن عرفة 2/ 621.

(4) ساقطة في نسختي: «خق» و«ش».

(5) حديث: (**من قتل له قتيل فهو بخير النظرين**): سنن الترمذي، كتاب الديات، باب ما جاء في حكم ولي القتيل في القصاص والعفو، حديث (1406) 4/ 21؛ سنن ابن ماجه، كتاب الديات، باب من قتل قتيل، حديث (2623) 2/ 876.

(6) حديث: (**يا أنس كتاب الله القصاص**): صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب الصلح =

القاعة به وهي الحياة التي أشار إليها القرآن وقصدتها العرب في أمثالها بقولهم: القتل أنفى للقتل، والقائل الذي يجب القصاص منه وهو العاقل البالغ المختار للقتل المباشر له، وسنفسر هذه الضوابط بعد. واشترط القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ في وجوب (القصاص)[1] ثلاثة شروط: أحدها: أن يكون دم المقتول غير ناقص عن دم القاتل، ويدخل تحت هذا التقييد نوعان: المساواة والأرجح احترازاً من الأنقص كما فصله بعد، والثاني: أن يكون عمداً محضاً لا شبهة فيه احترازاً من محل الشبهة الواجب فيه تغليظ الدية والثلث أن يكون القتل طارئاً على من حياته معلومة احترازاً من الجنين إذا سقط بضرب أمه فلا قصاص فيه، لأن حياته غير معلومة كما نص عليه القاضي في آخر الفصل، وانظر فيما إذا ضرب رجل رجلاً فأنفذ مقاتله ثم جاء آخر فأجهز عليه، وقد اختلف أهل العلم في هذه المسألة، فقال مالك: يقتل به الثاني دون الأول، لأن فعل الإزهاق مرتب على فعل الثاني، وقيل: يقتلان جميعاً حكاه **أبو الوليد بن رشد** رواية عن المذهب[2]، وحكى رواية ثالثة عن المذهب أنه يقتل به الأول ويؤدب به الثاني بناء على أن من أنفذت مقاتله في حكم الميت، (وكذلك) لا يرث، ولا يورث رواه **أبو زيد عن ابن القاسم**[3].

قوله: «وتكافؤ الدماء يعتبر بأمرين» قلت: هما الحرية والدين، وفسر (الحرمة)[4] بالحرية والرق وهو كما ذكره، وضابط التكافؤ الذي بنى عليه راجع إلى تساويهما، أو رجحان دم المقتول على دم القاتل وأعطى كلامه حصول هذا المعنى وهو (صورة)[5] اشتراط مكافأة دم القاتل لدم المقتول

= في الدية، حديث (2556) 2/ 961؛ سنن أبي داود، كتاب الديات، باب القصاص من السن، حديث (4595) 4/ 197؛ سنن النسائي، كتاب القسامة، باب القصاص في السن، حديث (4752) 8/ 26؛ سنن ابن ماجه، كتاب الديات، باب القصاص في السن، حديث (2649) 2/ 884.

(1) في نسخة: «خق»: (القتل).

(2) بداية المجتهد 2/ 628.

(3) النوادر 14/ 175.

(4) في نسخة: «خق»: (الحرية) وهو خطأ نسخي.

(5) في نسخة: «خق»: (ضرورة).

ونقصان دم القاتل عن دم المقتول عدم الزيادة، فعدم زيادة [41/و] دم القاتل عن دم المقتول مستلزم للمكافأة، أو النقصان (ففي كلامه)[1] تكرار من حيث إن أول الكلام قد استقل بإفادة مقصده، قال: وتفصيل هذه الجملة أن الحر لا يقتل بالعبد المحض، ولا بمن فيه بقية رق مطلقاً، وهذا (مذهب **مالك**)[2] الذي لا اختلاف عنه فيه، وبه قال **الشافعي**[3]، **والليث**[4]، **وأحمد**[5]، **وأبو ثور**[6] اعتماداً على دليل (خطاب)[7] قوله سبحانه: ﴿ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰ﴾ [البقرة: 178] وقال **داود**: يقتل الحر بالعبد مطلقاً سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره[8] اعتماداً على (عموم)[9] قوله سبحانه: ﴿وَكَتَبۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ﴾ وعلى قوله ﷺ: **(المسلمون تتكافأ دماؤهم)**[10] الحديث، وفرق **أبو حنيفة** فقال يقتل بعبد غيره، ولا يقتل بعبد نفسه[11]، ولا حجة له في النظر.

(وأجمعوا كلهم)[12] على أن العبد يقتل بالحر، وكذلك الأنقص بالأعلى، والمدبر والمكاتب، والمعتق بعضه والمعتق إلى أجل، وأم الولد كالعبد المحض سواء، بدليل نقصان طلاقهم وحدودهم، ومنع شهادتهم إجراء لهم مجرى العبيد.

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) في نسخة: «ش»: (مذهبه).
(3) روضة الطالبين 9/ 151.
(4) بداية المجتهد 2/ 631.
(5) المغني 9/ 348.
(6) بداية المجتهد 2/ 1ظ6.
(7) في نسخة: «ش»: (جواب).
(8) بداية المجتهد 2/ 631؛ المغني 7/ 658.
(9) ساقطة في نسخة: «خق».
(10) حديث: **(المسلمون تتكافأ دماؤهم)**: سنن أبي داود، كتاب الجهاد، باب في السرية ترد على أهل العسكر، حديث (2751) 3/ 183؛ سنن النسائي، كتاب القسامة، باب القود بين الأحرار والمماليك في النفس، حديث (4734) 8/ 19؛ سنن ابن ماجه، كتاب الديات، باب المسلمون تتكافأ دماؤهم، حديث (2638) 2/ 895.
(11) مختصر الطحاوي ص230؛ مختصر القدوري 3/ 144؛ الهداية 4/ 503 ـ 504.
(12) في نسخة: «خق»: (وكلهم اتفقوا).

قوله: «ولا يقتل مسلم بكافر قصاصاً»: وهذا صريح مذهب **مالك** رَحِمَهُ اللَّهُ[1] اعتماداً على قوله ﷺ: **(لا يقتل مسلم بكافر)**[2] واحترز بقوله: (قصاصاً) من أن يقتله غيلة مراعاة على ماله فهل يقتل به أم لا؟ فيه قولان عندنا المشهور أنه يقتل[3] به اعتماداً على حديث **عبد الرحمٰن بن البيلماني**[4] أن رسول الله ﷺ: **(قتل رجلاً من أهل القبلة برجل من أهل الذمة قتلة غيلة**[5][6]) ثم نص على أن الرق كله حكم واحد فيقاد لبعضهم من بعض كالمدبر بالمكاتب، والمعتق (بعضه بالعتق)[7] إلى أجل، وكذلك سائر أنواع الكفر لتساوي الجميع في نقض الرق والكفر.

فرع: يقتصر الأعلى من الأدنى مثل أن يقتل العبد الحر، أو الكافر المسلم، فإن جرح الكافر المسلم، أو العبد الحر جرحاً يقع فيه القصاص، فهل يقاد به أو يرجع فيه إلى الدية قولان حكاهما القاضي، ومشهور المذهب

---

(1) المعونة 3/ 1300؛ المقدمات 3/ 231؛ بداية المجتهد 2/ 632.

(2) حديث: **(لا يقتل مسلم بكافر)**: صحيح البخاري، كتاب الجهاد، باب فكاك الأسير، حديث (2881) 3/ 1110؛ سنن الترمذي، كتاب الديات، باب ما جاء لا يقتل مسلم بكافر، حديث (1412) 4/ 24؛ سنن النسائي، كتاب القسامة، باب سقوط القود من المسلم للكافر، حديث (4744) 8/ 23؛ سنن ابن ماجه، كتاب الديات، باب لا يقتل مسلم بكافر، حديث (2658) 2/ 883.

(3) بداية المجتهد 2/ 632.

(4) عبد الرحمن بن أبي زيد البيلماني، شاعر مجيد، وله رواية عن ابن عباس وغيره، واختلف رجال الحديث في توثيقه قال القرطبي: ابن البيلماني ضعيف الحديث لا تقوم حجة إذا أوصل، فكيف بما أرسله توفي سنة (90هـ - 759م). ينظر: تهذيب التهذيب 6/ 49 - 150؛ جامع أحكام القرآن 2/ 632.

(5) الغيلة: بالكسر الاغتيال، يقال غيلة وهو أن يخدعه فيذهب به إلى موضع فيقتله فيه. ينظر: مختار الصحاح ص203؛ الغريب لابن سلام 3/ 301؛ النهاية في غريب الحديث 3/ 403.

(6) حديث: **(أنه ﷺ قتل رجلاً من أهل القبلة برجل من أهل الذمة...)**؛ سنن الدارقطني، حديث (167) 3/ 135؛ مصنف ابن أبي شيبة، حديث (27460) 5/ 408.

(7) ساقطة في نسخة «خق».

التفريق بين النفس والأطراف، فيقع القصاص في النفس دون الأطراف، وانظر الفرق بينهما، ومقتضى الدليل أنهما سواء.

قوله: «وإذا صادف القتل تكافؤ الدماءين القاتل والمقتول لم يسقط القصاص بزواله من بعد»: الضمير في قوله: «بزواله» عائد على التكافؤ، لأن دم النصراني مكاف لدم النصراني، فإذا أسلم القاتل زال التكافؤ إلا أن القصاص ثبت قبل زواله، فترتب عليه حكمه، وكذلك إذا أعتق العبد.

قوله: «إلا أن يراعى في قتل الأب بابنه أن (يقول)[1] عمداً محضاً لا شبهة فيه ولا احتمال كإضجاعه وذبحه» قلت: اختلف العلماء هل يقتل الأب بالابن فذهبت طائفة إلى أنه لا يقتل به مطلقاً على أي وجه من وجوه العمد قتله، وهو قول جمهور أهل العلم[2]، وبه قال **أشهب**[3]، وقال **مالك**: يقتل به إذا أضجعه وذبحه[4]. واعتمد الجمهور على حديث ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: (**لا تقام الحدود بالمسجد، ولا يقاد بالولد الوالد**)[5] ورأى **مالك** رحمه الله أن العمد إنا يتحقق في مسألة (الإضجاع)[6] ونحوه، وما عداه لا يكون عمداً لما للأب شرعاً من السلطنة على تأديب ولده، ولما عنده من المحبة الطبيعية المانعة من تعمد القتل غالباً إلا في قتل تلك الصورة فلما تحقق عنده العمد فيها وقع القصاص كعموم القصاص بين المسلمين، وروى **يحيى بن سعيد** أن رجلاً من بني مدلج يقال له قتادة حذف ابناً له بالسيف،

---

(1) في نسخة: «ش»: (يقول).

(2) كأبي حنيفة والشافعي والشعبي. ينظر: مختصر الطحاوي ص231؛ روضة الطالبين 9/ 151؛ المغني 9/ 259.

(3) المعونة 3/ 130.

(4) التفريع 2/ 216؛ الكافي ص587؛ عيون المجالس 5/ 1982؛ المقدمات 3/ 337؛ بداية المجتهد 2/ 634.

(5) حديث: (**لا تقام الحدود بالمسجد، ولا يقاد بالولد الوالد**): سنن الترمذي، كتاب الديات، باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا، حديث (1401) 4/ 19؛ المستدرك على الصحيحين، حديث (8104) 4/ 410.

(6) في نسخة: «خق»: (الاضطجاع).

فأصاب ساقه فانبرى جرحه فمات فقدم **سراقة بن جعشم**[1] على عمر بن الخطاب فأخبره، فقال له: اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك، فلما قدم عليه عمر أخذ تلك الإبل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة، وأربعين خلفة، ثم قال: أين أخو المقتول، فقال: ها أنا ذا، فقال: خذها، فإن رسول الله ﷺ قال: **(ليس لقاتل شيء)**[2].

فرع: لا اختلاف عندنا أن الأم والأب في ذلك سواء، واختلف المذهب في الجد هل هو كالأب في هذا المعنى أم لا؟ قولان، قال الشيخ أبو الحسن: ويتنزل منزلة الأب أبوه، ومنزلة الأم أمها عند ابن القاسم، ووقف في الجد أبي الأم، الجدة أم الأب[3]، وقال **أشهب**: لا تغلظ الدية على أبي الأم وهو كالأجنبي، وتغلظ على أم الأب، وقال **عبد الملك**: تغلظ في الأجداد والجدات، وقال **سحنون**: اتفقوا على أنها تغلظ في الجد والجدة للأم واختلفوا في الجد للأم، والصحيح أنهم آباء وأمهات لغة وشرعاً[4].

قوله: «وأما الأعداد فإن الجماعة تقتل بالواحد» وهذا صريح مذهب **مالك** رحمه الله ولا خلاف فيه عندنا[5] نظراً إلى المصلحة، وتغليباً لحكمة مشروعية القتل المشار إلى ذلك بقوله سبحانه: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ وأجمع جمهور الصحابة عليه، وذكر **محمد بن المواز** أن عمر بن الخطاب قتل سبعة بواحد كان أحدهم عيناً، وقال: لو تَمَالَأَ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به، وقتل علي بن أبي طالب ثلاثة بواحد، وقال ابن عباس تقتل المائة بالواحد[6].

---

(1) أبو سفيان سراقة بن مالك بن جعشم المدلجي الكناني صحابي له شعر، له في كتب الحديث (19) حديثاً، أخرجه أبو سفيان ليقتفي أثر رسول الله ﷺ حين خرج إلى الغار مع أبي بكر، وأسلم بعد غزوة الطائف سنة (8هـ). ينظر: تهذيب التهذيب 3/ 456.

(2) الموطأ، كتاب العقول، باب ما جاء في ميراث القتل والتغليظ فيه، حديث (1557) 2/ 867.

(3) التبصرة لأبي الحسن اللخمي 4/ 148/ ظ.

(4) النوادر 13/ 475؛ المنتقى 9/ 81.

(5) المعونة 3/ 1304؛ عيون المجالس 5/ 1984؛ بداية المجتهد 2/ 633.

(6) مصنف عبد الرزاق 9/ 479؛ المنتقى 9/ 99.

قوله: «إلا أن يكون القتل ثبت بقسامة»: بناء على المشهور أنه لا يقتل بالقسامة إلا واحد، وسنذكره بعد، وحكى **ابن المنذر** وغيره الإجماع على أن الذكر يقتل بالأنثى[1]، ومراده إجماع الجمهور، وإلا فقد صح عن **علي بن أبي طالب والحسن بن أبي** [41/ظ] **الحسن البصري** وغيرهما أنه لا يقتل الذكر بالأنثى اعتماداً على دليل الخطاب من قوله سبحانه: ﴿وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾.

قوله: «والمريض الذي لم يبلغ السياق»[2]: وانظر هذا التقييد، ومن قتل مريضاً قتل به فأي معنى للتقييد وقد ذكرنا مسألة من أجهز على من أنفذت مقاتله.

قال القاضي رحمه الله: **«وأما قتل العمد المراعى في وجوب القصاص فهو خالف الخطأ»** قلت: القتل نوعان: عمد، وخطأ، وقد اختلف أهل العلم في نوع ثالث، وهو شبه العمد، وفيه روايتان[3] عن **مالك** أحدهما إثباته وهو قول **أبي حنيفة**[4]، **والشافعي**[5]، والثاني نفيه، قال في المدونة: شبه العمد باطل لا أعرفه وإنما هو عمد، أو خطأ[6]، وجمع القاضي رضي الله عنه في قيدين: أحدهما أن يقصد القتل، والثاني أن تكون الآلة ممن يقتل غالباً، والمثقل، هو (كل)[7] ما ليس له حد وهو كالمحدد في وجوب القود عندنا[8]، وقال **أبو حنيفة**، لا يقاد من المثقل[9]، وعمدتنا حديث **اليهودي الذي رضخ رأس الجارية، فأمر رسول الله ﷺ برضخ رأسه**[10].

---

(1) الإشراف لابن المنذر 2/ 95.

(2) أي لم يبلغ حالة الموت المحقق.

(3) المعونة 3/ 1306؛ المنتقى 9/ 96.

(4) مختصر الطحاوي ص232.

(5) الإقناع ص164.

(6) المدونة 16/ 306.

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

(8) المعونة 3/ 1309؛ الكافي ص487 ـ 48.

(9) مختصر الطحاوي ص232؛ مختصر القدوري 3/ 141.

(10) حديث: **(أنه ﷺ أمر برضخ رأسه)**: صحيح البخاري، كتاب الخصومات، باب ما يذكر في الأشخاص والملازمة والخصومة بين المسلم واليهودي، حديث (2282) =

وألحق القاضي ﷺ الممسك للقتل بالقاتل، وقد صح أن فعل المسبب كفعل المباشر وإذا صح أن عمر بن الخطاب قتل ستة وعيناً، كان الممسك أولى بالقتل من العين، وعجباً من **الشافعي، وأبي حنيفة** حيث قالا لا قتل على الممسك[1].

قوله: «فأما إن حصل أحدهما (مع عدم)[2] الآخر مثل أن يقصد الضرب دون القتل» إلى آخره قلت: العمد ما قصد فيه الضرب والقتل معاً، والخطأ ما لم يقصد به واحد منهما، فإن قصد الضرب دون القتل فهو المتوسط بينهما، فإن كان على وجه الغضب والثائرة وجب به القود، وإن كان على وجه اللعب، أو الأدب ففيه قولان: أحدهما: إيجاب القود به، والثاني تغليظاً[3]. . . ثم تكلم على حكم الإكراه على القتل وتحصيل القول فيه أن المكره إن كان كالآلة بحيث لا يبقى له كسب ولا اختيار البتة، فلا شيء عليه، وإن كان معه ضرب من الاختيار فهل يقتل الآمر، أو المباشر اختلف الفقهاء فيه، ومشهور المذهب ما ذكره القاضي أن الآمر إن كان ذا سلطان قتلا جميعاً، وإن لم يكن ذا سلطان قتل المباشر دون الآمر، ويعاقب الآمر نحو المحرم يأمر محرماً أن يقتل صيداً، فالجزاء على القاتل دون الآمر، قال **ابن القاسم**: ومن أمسك رجلاً لآخر فقتله، فإن أمسكه وهو يرى أنه يقتله قتلَا به جميعاً[4]، قال غيره كمحرم أمسك صيداً لمحرم فقتله فعليهما الجزاء، قال **ابن القاسم**، وإن ظن أنه يضربه كضرب الناس قتل القاتل، وبولغ في عقوبة

= 2/ 850؛ صحيح مسلم، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره، حديث (1672) 3/ 1399؛ سنن الترمذي، كتاب الديات، باب ما جاء فيمن رضخ رأسه بصخرة، حديث (1394) 4/ 15؛ سنن أبي داود، كتاب الديات، باب ما يقاد من القاتل، حديث (4527) 4/ 180؛ سنن النسائي، كتاب القسامة، باب القود من الرجل والمرأة، حديث (4741) 8/ 22؛ سنن ابن ماجه، كتاب الديات، باب يقتاد من القاتل كما قتل، حديث (2665) 2/ 88.

(1) المبسوط 26/ 28؛ الأم 6/ 30.

(2) في نسختي: «خق» و«ش»: (دون).

(3) بياض في النسختين بقدر كلمة.

(4) الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2/ 183.

الممسك وسجن ولم يقتل. والقول الثاني: أنهما يقتلان جميعاً أحدهما بالمباشرة، والآخر بالسببية، وهو الأشد في النظر اعتماداً على حديث عمر بن الخطاب في السنة وهذا إجراء بالسببية، وهو الأشد في النظر اعتماداً على حديث عمر بن الخطاب في السنة وهذا إجراء، قال **ابن القاسم**: إذا أمر السيد عبده أو الظالم (يأمر)[1] بعض أعوانه بقتل رجل ظلماً، فإنه يقتل الآمر (والمأمور)[2] قال **ابن القاسم**: وأما الأب يأمر ابنه أو المعلم يأمر بعض صبيانه، فإن كان المأمور منهم (غير)[3] محتلم، فالقتل على الآمر، وعلى عاقلة الصبي نصف الدية، وإن كثر الصبيان فالدية على عواقلهم[4]، ومن قال لرجل اقطع يدي أو افقأ عيني، أو عين عبدي، فعلى المأمور العقوبة، ولا غرم عليه في الحر ولا في العبد.

ثم تكلم على ما إذا اشترك في القتل مكلف، وغير مكلف، ومذهب **مالك** أنه يقتل المكلف، ويكون على غير المكلف نصف الدية على العاقلة[5]، لأن عمد الصبي كالخطأ، وهذا إذا تعمد الصبي والمكلف قتله، وقال **الشافعي وأبو حنيفة** لا قود على المكلف[6]، ويرجع إلى الدية لإمكان (أن يكون)[7] إزهاق الروح عن غير المكلف، فيبطل القود بالشبهة، واعتمد **مالك** على الاحتياط للدماء والتغليظ في صيانتها، فجعل الاشتراك لا يغير الحكم الثابت في حال الانفراد كاشتراكه المكلفين في العمد.

فرع: قال **ابن القاسم**، ولو كانت رمية الصبي خطأ، ورمية المكلف عمداً فمات منهما جميعاً، فأحب إلي أن تكون الدية عليهما لا أدري من أيهما مات، قال **أشهب** عن **مالك** عمد الصبي وخطؤه سيان[8]،

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) في قوانين ابن جزي ص226 (دون المأمور).

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) النوادر 4/ 84 ـ 85.

(5) المعونة 3/ 1301؛ الكافي ص588 ـ 589؛ بداية المجتهد 2/ 628 ـ 629.

(6) مختصر الطحاوي ص231؛ الإقناع ص162.

(7) ساقطة في نسخة: «ش».

(8) كابن الماجشون. ينظر: المنتقى 9/ 15، وبه قال الشافعي. ينظر: الأم 6/ 25؛ =

قال غيره[1]: عمد الصبيان والمجانين خطأ على عواقلهم، ولا خلاف عندنا أن السكران كالصاحبي في حكم القتل[2] بنا على لزوم أفعاله، ثم تكلم على الشرط الثالث وهو العلم بحياة المقتول، وقد قدمناه.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«فأما ما دون النفس فضربان قطع وجرح»** إلى آخره.

شرح: ذكر في هذا الفصل الجراحات العشر، وأوصلها بعضهم إلى أحد عشر، وبعضهم إلى ثلاث عشرة، زاد فيها الدامعة واللامة، وقد فسرها القاضي بأسمائها، وأشار إلى اشتقاقها، ومن أهل العلم من قال السمحاق هي البضاعة، وتفريق القاضي أصح إن شاء الله، وتكلم بعد على أحكامها، واشترط في وجوب القود بكل ذلك أربعة شروط، وأشار بقوله: «بكل ذلك» إلى الضربين اللذين ذكر في أول الفصل حيث قال: «**وأما من دون النفس فضربان قطع وجرح والجراح ضربان ضرب** [42/و] **فيه القصاص، وضرب لا قصاص فيه**».

الشرط الأول: تكافؤ الدماء، فإن حصل التكافؤ من الطرفين وجب القصاص في محله، فإن لم يحصل فله حالتان إحداهما أن يكون دم الجارح أرجح من دم المجروح، كالحر يقطع يد العبد: أو المسلم يقطع يد الكافر فلا خلاف في انتفاء القصاص في هذه الصورة كانتفائه في النفس، وعليه في العبد ما نقص من قيمته، والحالة الثانية أن يكون دم الجارح أنقص من دم المجروح، كالعبد يقطع يد الحر، والكافر يقطع يد المسلم، فحكى القاضي وغيره في هذه الصورة روايتان: إحداهما: نفى القصاص، لأن المراعي: التكافؤ من الطرفين، ولم يحصل لأن عضو العبد أو الكافر ليس بمكافئ لعضو الحر المسلم، فكان كيد الأشل بيد الصحيح، والثاني: وجوب القصاص اعتباراً بالنفس.

= مختصر المزني ص227؛ المهذب 2/ 14.

(1) المنتقى 9/ 14.

(2) التفريع 2/ 217؛ المعونة 3/ 1311؛ المنتقى 9/ 13؛ القوانين الفقهية ص226.

(وههنا)[1] تنبيه لفظي (ومعنوي)[2] يتعلق بكلام القاضي، قد قدمنا عليه (الكلام)[3]، حيث اشترط التكافؤ قبل، وتحصيله أن القاضي اشترط التكافؤ، وذكر قسمين أثبت بمقتضى لفظه التكافؤ فيهما، ونفاه بقوله: «**أن يكون دم الجارح مكافئاً لدم المجروح**» يفهم منه أن التكافؤ التساوي من الطرفين، لأن المفاعلة لا تكون إلا من اثنين، وهو أيضاً مقتضى لفظ المتضايفين، فقوله بعد: «**ودم المجروح غير مكافئ لدم الجارح**» نفى المكافئات التي أثبتها بظاهر لفظه لا بحقيقة قصده.

وتضمن هذا القسم الثاني أن دم الفاعل أعلى من دم المفعول به، وإذا عدلنا إلى لفظ المفاعل لأنه أعم من لفظ الجارح هنا. وصور في هذا القسم المثاليين المذكورين، الكافر يقطع يد المسلم، والعبد يقطع يد الحر.

ثم قال بعد: «فقيل في هذين القسمتين» فأشار بقوله: «في هذين» لما صور في المثال في القسم الثالث فقط، كان الخلاف في محله، وكذلك في المعونة، وكذلك نقله غيره من أشياخ المذهب، ونفي القسم الثالث على هذا التأويل عارياً عن الحكم، إذ لم يذكر فيه إلا محض التمثيل، وفي هذا تسامح، وإن أشار بقوله «هذين» إلى الصور الأربع التي هي اثنان في الحقيقة المذكورتان في القسمين الثاني والثالث، كان في الكلام نظر، إذ لا خلاف عندنا في القسم الثاني أن الأطراف تابعة للنفس، وكما أنه لا يقتل المسلم بالكافر، فكذلك لا تقطع يد المسلم إذا قطع يد الكافر، ولا يد الحر إذا قطع يد العبد، فكلام القاضي في هذا الموضع فيه تأمل جرت عادتنا بالتنبيه عليه عند المذكرات، وقد بسطه في المعونة وقال (ما نصه)[4]: «وإذا جرح الكافر مسلماً، أو قطع طرفه لم يقتص منه، وكانت له عليه الدية وقيل: يجتهد السلطان في ذلك، ويحتمل على هذه الرواية القود، وإذا جرح العبد حراً، أو

(1) في نسخة: «خق»: (وهذا منا).
(2) ساقطة في نسخة: «ش».
(3) ساقطة في نسخة: «ش».
(4) في نسخة: «خق»: (ما هذا نصه).

قطع يده لم يستقد منه ويحتمل على ما قدمناه أن يقاد منه[1].

تكميل: تحصيل القول في التكافؤ إن قتل المكافئ المكافئ فلا إشكال، وكذلك الحكم في الأطراف فإن قتل الكافر المسلم، أو العبد الحر أو قطع طرف من أطرافه لم يقع القصاص عندنا بينهما في النفس ولا في الأطراف اتفاقاً، فإن قتل الكافر المسلم، أو العبد الحر وقع القصاص بينهما في النفس، فيقتل به إجماعاً وهل يقع القصاص بينهما في الأطراف مثل أن يقطع له يد أو رجل أو يفقأ له عيناً فيه قولان كما حكاه القاضي وغيره، ومشهور المذهب في هذه الصورة الفرق بين النفس والأطراف (ليقع القود في النفس)[2] فيرجع في الأطراف إلى الدية، وقد قدمنا أن مقتضى الفقه إلحاق الأطراف بالنفس.

قوله: «**والثاني أن يكون (الجرح)[3] لا يعظم الخطر فيه ولا يغلب الخوف منه**»: وهذا أيضاً من شروط الحكم بصحة القصاص أعني تأتي المماثلة، والأصل في ذلك قوله سبحانه: ﴿وَٱلۡجُرُوحَ قِصَاصٞۚ﴾.

قوله: «**كالموضحة فما قبلها**» يعني: أن القصاص يتصور في الدامية والخارصة والسمحاق والباضعة والمتلاحمة، والملطاة، والموضحة[4]، لتأتي المماثلة، في ذلك غالباً.

قوله: «**فإن كان مما يغلب خوفه، ويعظم خطره فلا قصاص (فيه)، وفيه الدية حالة في مال الجاني كالمأمومة والجائفة والمنقلة على خلاف فيها خاصة**» قلت: تفصيل هذه الجملة أن المأمومة والجائفة لا أعلم خلافاً في

---

(1) المعونة 3/ 1300.

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) قال القاضي في شرح هذه المصطلحات: أولها الدامية: وهي التي تدمي الجلد، ثم الخارصة: وهي التي تشقه، ثم السمحاق: وهي التي تكشفه، ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم، ثم المتلاحمة: وهي التي تقطع اللحم في عدة مواضع، ثم الملطاة: وهي التي يبقى بينها وبين انكشاف العظم سير رقيق، ثم الموضحة: وهي التي توضح عن العظم. ينظر: التلقين ص140.

المذهب أن لا قود فيهما لقوله ﷺ: (**ليس في المأمومة... ولا في المنقلة قود**)[1] وهذا نص في الباب مبناه على ما ذكرناه من تعذر المماثلة (واختلفت الرواية عن **مالك** في المنقلة والهاشمة عمداً، وهل يقاد منهما أم لا على قولين[2] مبناهما على المماثلة)[3] هل هي محققة فيهما، وروى **مالك** عن **ربيعة** أن **ابن الزبير** أقاد من المنقلة[4]، وكذلك لا قود في كسر الفخذ لما ذكرناه، واختلفت الرواية عن **مالك** في كسر غير الفخذ هل يقاد منه أم لا؟ قولان[5] مبنيان على ما ذكرناه. وههنا فروع:

الأول: الموضحة التي توضح العظم، وتكون في الوجه والرأس، وهل تكون في سائر الجسد أم لا فيه اختلاف، والمعتمد عليه أنها مخصوصة بالوجه والرأس، قال **ابن وهب** عن **مالك** الموضحة في الرأس والوجه من اللحي الأعلى فما فوقه، وليس في الأنف موضحة، ولا في اللحي الأسفل، وفيها الاجتهاد، قال **ابن القاسم**: في الخد الموضحة، وإن كانت في سائر الجسد [42/ظ] ففيها حكومة قال غيره معنى الموضحة من جهة اللغة: أما أوضح العظم[6]، وهذا المعنى محقق في كل عضو من أعضاء الجسد، ولا خلاف أن فيها القصاص إن كانت عمداً، وإن كانت خطأ ففيها نصف عشر الدية لقوله ﷺ: (**وفي الموضحة خمس من الإبل**)[7].

---

(1) حديث: (**ليس في المأمومة ولا في الجائفة ولا في المنقلة قود**): سنن ابن ماجه، كتاب الديات، باب ما لا قود فيه، حديث (2637) 2/ 881؛ سنن البيهقي 8/ 65، قال البيهقي: إنه لا يثبت، وأثبته الحافظ الغماري في كتاب الهداية في تخريج أحاديث بداية المجتهد 8/ 451 ـ 453 بقوله: إن ابن لهيعة تابع رشدين كرشدين بن سعد ما لم يكن واهياً كذاباً يسرق الحديث.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) التفريع 2/ 215 ـ 216؛ المعونة 3/ 1317؛ المقدمات 3/ 324.

(4) الموطأ 2/ 859.

(5) المنتقى 9/ 50 ـ 51؛ المقدمات 3/ 324؛ بداية المجتهد 2/ 663.

(6) المنتقى 9/ 44.

(7) حديث: (**في الموضحة خمس من الإبل**): سنن الترمذي، كتاب الديات، باب ما =

الفرع الثاني: إذا برئت عن شين، قال **مالك**: يزاد فيها بقدره، لأنه نقص أحدثته جناية الجاني[1]، وقال **أشهب**: لا يزاد لها شيء[2] لقوله ﷺ: **(وفي الموضحة خمس من الإبل)**.

الفرع الثالث: اختلف المذهب في عقل ما لا قود فيه من الجراح كالمأمومة والجائفة على ثلاث روايات: أحدها أنها على العاقلة، لأن المستحق بها المال فهي كالخطأ، والثانية أنها في مال الجاني، لأن العاقلة إنما حملت الدية للعجز عنها بخلاف الأرواش، والرواية الثالثة أنه يبدأ بمال الجاني، فإن كان فيه وفاه، وإلا كان الباقي على العاقلة[3].

الفرع الرابع: دية الخطأ مؤجلة على العاقلة في ثلاث سنين، واختلفت الرواية في بعض الدية هل تنجَّم أم لا؟ فقيل عن **مالك** لا ينجم إلا الدية الكاملة، وروى عنه التنجيم[4]، واختلف عنه في صفة التنجيم في البعض فقيل هو لاجتهاد الإمام، وقيل: النصف والثلثان في السنتين، والثلث في السنة[5].

الفرع الخامس: اختلفت الرواية في دية العمد إذا وقع العفو على الدية، أو على القول بتخيير أولياء الدم هل تكون حالة في مال الجاني أو مؤجلة، فالمشهور أنها حالة في مال الجاني إلا أن يشترط الأجل. وفي كتاب محمد إنها منجمة في ثلاثة سنين كالخطأ[6].

الفرع السادس: الدية المغلظة على الجاني على مشهور المذهب، والقول الثاني: أنها على العاقلة قال **عبد الملك**: هي حالَّة، وقال **ابن**

= جاء في الموضحة، حديث (1390) 4/ 13؛ سنن النسائي، كتاب القسامة، باب ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول واختلاف الناقلين له، حديث (4852) 8/ 57.

(1) المدونة 16/ 309.

(2) المنتقى 9/ 49.

(3) المعونة 3/ 1334.

(4) التفريع 2/ 213؛ الكافي ص594؛ المعونة 3/ 1326؛ عيون المجالس 5/ 2047؛ القوانين الفقهية.

(5) النوادر 13/ 492؛ المنتقى 9/ 9 ـ 10.

(6) المنتقى 9/ 10.

القاسم: على العاقلة مؤجلة، ثم رجع فقال على الجاني حالة في ملئه وعدمه وهو الصحيح[1].

الفرع السابع: إذا كانت عمداً، ولا قصاص كالمسلم يقتل الكافر فهل هي حالة أو مؤجلة فيه قولان في المذهب.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«والثالث أن يكون مما (تتأتى)[2] فيه المماثلة»**: إلى قوله: **«ولا يقاد من قطع أو جرح إلا بعد اندماله»**.

شرح: اشتراط المماثلة ثابت لأنه معنى القصاص لغة وشرعاً، إذ مقتضاه أن يحدث عليه مثل ما جنى فإن تعذرت المماثلة تعذر القصاص.

قوله: «وذلك يكون بثلاثة (شروط)[3]»: الإشارة بقوله: «وذلك» إلى التعذر الذي هو مصدر دل عليه الفعل.

الوجه الأول: إن تعذر المماثلة لمعنى يعود إلى الفعل لعدم إمكان التساوي فيه كالشلل وما يضطرب من الكسر، وذهاب (بعض)[4] السمع، وقطع ما يمنع (بعض)[5] الكلام من اللسان، فلا قصاص في هذا لما ذكرناه من عدم إمكان التساوي. قال **أشهب** عن **مالك** فيمن عض إنساناً في لسانه فقطع منه ما (يمنعه به)[6] الكلام شهرين، ثم تكلم ونقض كلامه قال: أحب إلى أن لا قود فيه، لأني أخاف أن يذهب من كلامه أكثر من ذلك، أو أن يذهب جميع الكلام، وقال في المجموعة القصاص في كل جرح، إلا فيما أجمع العلماء على أنه لا قصاص فيه كالمأمومة والجائفة، وكسر الفخذ، وكسر الصلب، قال **ابن المواز**: ولا قصاص في عظم العنق والفخذ والصلب وشبه ذلك من المتألف، وفي المجموع عن **مالك** إن أمكن القود في اللسان ففيه القود إذا كان يستطاع ولا يخاف عليه، قال **أشهب**: أجمع العلماء على

(1) المقدمات 3/ 294.
(2) في نسخة: «غ»: (تأتي).
(3) في نسختي: «خق» و«ش»: (أوجه).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) في نسخة: «خق»: (من).
(6) في نسخة: «خق»: (يمنع من).

أن لا قود في المخوف قال: واللسان عندي مخوف، فلا قود فيه، وفي المجموعة والموازية عن **مالك** من ضرب رجلاً فأشل يده ففيه القود يضربه كما ضربه، فإن شلت يده، وإلا فعقلها في مال الضارب، قال **أشهب**: ولا قصاص في عظام الصدر لأنه متلف، ورواه **ابن المواز، ولابن القاسم** قول آخر أنه يسأل عنه أهل المعرفة[1]، ولا قود في رض الأنثيين ولو قطعهما أو أخرجهما عمداً فعليه القصاص، قال **ابن القاسم**: لا أدري المعنى في قوله **مالك**: في رض الأنثيين إلا أني أخاف أن يكون رضهما متلفاً[2]، وكذلك ما علم أنه متلف وقول القاضي: «وما يضطرب من الكسر» يقتضي تنويع الكسر إلى نوعين يتصور القصاص في أحدهما دون الآخر، وهو المضطرب، وقد صح أن عمر بن عبد العزيز أقاد من كسر العظام ما ليس بمتلف، وقال به **ابن شهاب وربيعة** وغيرهما. قال **مالك**: في الموازية والمجموعة الأمر المجمع عليه في كسر اليد والرجل القصاص، قال **أشهب**: وما علمت من منع منه إلا أهل العراق قالوا إذا لا يستوي الكسران[3]، قال **أشهب** عن **مالك** في (قصبتي)[4] اليد القصاص إن أستطيع ذلك[5]. قال القاضي **أبو محمد** في المعونة لا قود في كسر الفخذ وفي غير الفخذ، روايتان مبنيتان على إمكان المماثلة[6].

فرع: مما لا يقاد منه أيضاً لعدم المماثلة اللطمة والضربة بسوط أو عصا، ونتف اللحة (والشارب)[7]، وأشفار العينين وشعر الرأس، وفي المجموعة من نتف لحية رجل، أو شاربه، أو رأسه فعليه العقوبة والسجن، ولا قود فيه، قال **ابن القاسم**: فيه الأدب، وقال **أشهب**: فيه القصاص وكذلك قال في أشفار العينين[8]، وإذا قلنا فيه القصاص (فقال **أصبغ**: فيه

(1) النوادر 14/ 35 ـ 38.
(2) المدونة 16/ 315.
(3) النوادر 14/ 35 ـ 36.
(4) في نسخة: «خق»: (قبضتي) والصواب ما أثبته من نسخة: «ش». ينظر: النوادر 14/ 36.
(5) النوادر 14/ 36.
(6) المعونة 3/ 1317.
(7) ساقطة في نسخة: «خق».
(8) المنتقى 9/ 123.

القصاص)[1] بالوزن وعاب ذلك غيره[2].

فرع: إذا وجب القصاص في الجراح وغيرهما فمن الذي يباشره بيده أما في الجراح فلا خلاف [43/و] أنه ليس للجروح أن يباشره بنفسه ويدعى لذلك من له بصر بالقصاص (وقال **مالك**)[3] وليس كل أحد يحسن القصاص وأجرته على الذي يقتص مه، وهل لولي المقتول أن يتولى القتل بيده أم لا؟ قولان: المشهور أن له ذلك، وينهى عن التشويه والمثلة، قال أشهب: ليس له ذلك مخافة أن يتعدى ويقطع أعضاءه ويمثل به.

قوله: «والثاني يعود إلى فقد المحل كالأعمى يقلع عين البصير»: قال الشارح ﷺ ولا خلاف في تعذر القود في هذه الصورة، ويرجع إلى الدية اضطراراً، وكذلك يتعذر في القسم الثالث إذا عفا بعض الأولياء لتعذر تمييز حقه كما ذكره.

قوله: «والرابع أن لا يتعقبه قتل المجروح أو غيره» هذا راجع إلى الشروط في وجوب القود وسقط فيه حكم القصاص الأدنى لدخوله تحت القصاص الأعلى كالطهارتين إلا أن يقصد بالجرح التمثيل والتشويه فتجتمع عليه العقوبتان، فيجرح ثم يقتل، ولا خلاف عندنا في هذه الصورة، وسواء قتل المجروح أو غيره، لأن القتل لا يتبعض، وهذا صريح مذهب **مالك** الذي لا اختلاف فيه فيما أعلم[4] إلا ما وقع في (المدونة)[5] عن مالك أن يجرح ثم يقتل، وهذا الرواية في غير الممثل العابث.

وقال **الشافعي وأبو حنيفة** يتعدد الواجب بتعدد الموجب، فيجرح ثم يقتل تنكيلاً وعقوبة وتوفيه للقصاص مقتضاه[6]، ثم حكى اختلاف المذهب في

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) يقصد المغيرة. ينظر: المنتقى 9/ 123.
(3) ساقطة في نسخة: «ش».
(4) التفريع 2/ 218؛ المعونة 3/ 1313.
(5) كذا في النسختين، ولم أقف على هذا في المدونة، ولعل الصواب: (المدنية). ينظر: المنتقى 9/ 106.
(6) مختصر الطحاوي ص235؛ مختصر المزني ص241.

لواجب بقتل العمد هل هو القصاص فقط، وهو اختيار **أشهب وابن وهب**، وبه قال **ابن المسيب (ويحيى بن سعيد) وربيعة**[1] وغيرهم من السلف، ومقتضى الأحاديث الصحيحة تخيير الولي، قال **محمد بن المواز** لم يختلف قول **مالك** أن الجراح بخلاف القتل، فإذا أراد المجروح العفو على أخذ الأرش، لم يجبر الجارح عليه، والفرق بينهما أن الجارح بامتناعه من الأرش يريد استبقاء المال لنفسه، والقائل يريد استبقاء المال لغيره فهو مضار بامتناعه من الدية قال **أشهب**: وعليه (يدل)[2] مقتضى قوله سبحانه: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ﴾ [النساء: 29].

قوله: «ويجب القصاص في الحل والحرم، وقع القتل فيه أو في غيره ولجأ إليه»: وهذا مذهب **مالك**[3] **والشافعي** خلافاً **لأبي حنيفة** القائل بأن الحرم محرم[4]، ولا يقتل من لجأ إليه، ولكن يضيق عليه فلا يطمع عنده، ولا يسقى حتى يضطر إلى الخروج منه، وبه قال عمر بن الخطاب، وقال رضي الله عنه: **(لو وجدت فيه قاتل الخطاب ما تعرضت إليه)**[5] لقوله عليه السلام: **(إن الله حرم مكة ولم يحرمها الناس)**[6]. وهو مقتضى قوله سبحانه: ﴿وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا﴾ [آل عمران: 97]، والصحيح الاعتماد على قوله ﷺ: **(في الحرم لا يعيذ عاصياً ولا فاراً بجزية أو بخربة)**[7] على كلتا الروايتين الصحيحتين الواقعتين في الصحيح **للبخاري** كما قيدناه عن أشياخنا رحمهم الله.

---

(1) في نسخة: «خق»: (سعيد بن جبير).

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) التفريع 2/ 217؛ المعونة 3/ 1313؛ الكافي ص592.

(4) حاشية ابن عابدين 3/ 163 ـ 253، 5/ 352.

(5) مصنف عبد الرزاق، حديث (9228) 5/ 153.

(6) حديث: **(إن الله حرم مكة ولم يحرمها الناس)**: صحيح البخاري، كتاب الحج، باب لا يعضد سير الحرم، حديث (1735) 2/ 651؛ سنن الترمذي، كتاب الديات، باب ما جاء في حكم ولي القتيل في القصاص والعفو، حديث (1406) 4/ 21.

(7) حديث: **(في الحرم لا يعيذ عاصياً)**: صحيح البخاري، كتاب العلم، باب ليبلغ العلم الشاهد الغائب، حديث (104) 1/ 51؛ صحيح مسلم، كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها، حديث (1354) 2/ 987؛ سنن الترمذي، كتاب الحج، باب ما جاء في حرمة مكة، حديث (809) 3/ 173.

قال القاضي رحمه الله: «**ولا يقاد من قطع أو جرح إلا بعد اندماله**» إلى آخر الفصل.

(**شرح**: ذهب **مالك وأبو حنيفة** إلى أنه لا يقاد من الجرح إلا بعد اندماله)[1]. وقال **الشافعي**: يقاد منه في الحال[2]، والمعتمد لنا ما خرجه **أبو بكر بن أبي شيبة** في مسنده عن **جابر بن عبد الله أن رجلاً طعن رجلاً بقرن في ركبته، فأتى النبي ﷺ يستقيد فقال له حتى يبرأ فعجل فاستقاد فعنتت رجله وبرئت رجل المستقاد منه، فأتى النبي ﷺ فقال له: ليس لك شيء إنك أبيت**[3]. وذكر **أسد بن موسى**[4] في حديث جابر قال: قال رسول الله ﷺ: (**يستأنى بالجراحات سنة**)[5] وذكر **الدارقطني** من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: (**نهى رسول الله ﷺ أن يقتص من الجرح حتى يبرأ**)[6]. والعلة في ذلك أنه قد يؤول إلى النفس، قال **محمد بن المواز**: وروى ذلك عن أبي بكر رضي الله عنه، وفي كتاب **ابن المواز** أنه ينتظر البرء والاندمال من غير توقيت سنة ولا غيرها وهو ظاهر كلام القاضي. وروى ابن **وهب وابن القاسم** في السن تصفر، والعين تدمع، والشجة والكسر، والظفر يؤخر ذلك كله سنة قياساً على المعترض، قال **أشهب**: إن مضت السنة والجرح بحالة عقل مكانه. قال **المغيرة**: لم أسمع في ذلك توقيتاً، وفرق **ابن المواز** بين العين وغيرها فاعتبر في العين تمام السنة، وفي غيرها البرء من غير توقيت[7] وإنما قلنا

---

(1) وبه قال الحنابلة أيضاً ينظر: الهداية 4/ 533؛ عيون المجالس 5/ 2008؛ بداية المجتهد 2/ 645؛ الإنصاف 10/ 98.

(2) الإقناع ص163؛ المهذب 2/ 186؛ روضة الطالبين 9/ 209.

(3) مصنف ابن أبي شيبة، حديث (27784) 5/ 438.

(4) أبو سعيد أسد بن موسى بن إبراهيم بن الخليفة الوليد بن عبد الملك بن مروان القرشي ولد بالبصرة سنة (132هـ ـ 750م). قال النسائي ثقة، وقال البخاري: هو مشهور الحديث يقال له أسد السنة توفي سنة (212هـ ـ 828م). ينظر: سير أعلام النبلاء 10/ 163.

(5) سنن الدارقطني. حديث (32) 3/ 90.

(6) سنن الدارقطني. كتاب الحدود، والديات، حديث (24) 3/ 88.

(7) المنتقى 9/ 22.

بوجوب الانتظار إلى الاندمال فترى ما جرح العدوان فلا يخلو أن يبلغ النفس أو ما دونها، وإن بلغ ما دون النفس، وكان عمداً اقتص من عينه دون سرايته، وإن بلغ النفس وجب القصاص في النفس، ويسقط حكم الجرح كما قدمناه لدخول القصاص (الأدنى تحت الأعلى إلا أن السراية إن كانت في الحال وجب القصاص في النفس بغير قسامة، وإن كانت بعد أيام وجب القصاص بعد القسامة)[1] فيحلف الأولياء أن من جرحه مات، ويقتلونه. هذا حكم السراية في جرح العدوان [43/ظ] وأما سراية القصاص، فهل هي مضمونة أم لا؟ اختلف الفقهاء فيها فعندنا[2]، وعند **الشافعي** أنها غير مضمونة[3] إلا أن يتعمد المقتص العدوان، فتكون سرايته مضمونة، فإن كان المجروح، أو وليه، ففي ماله. وإن كان أجيراً أميناً من أهل البصر كانت من باب غلط الطبيب والخاتن، وقال أبو حنيفة سراية القصاص مضمونة[4] والدليل لنا أنه قصاص استحق عليه لسبب كان منه فلم يضمن أصله القطع في السرقة. وههنا فروع:

الأول: إذا أخطأ متولي القصاص فزاد، أو نقص غير قاصد للعدوان هل يلزمه حكم الزيادة أم لا اختلف المذهب فيه بناء على الاجتهاد هل يرفع الخطأ أم لا؟ والمعتمد عليه في المذهب ما رواه **أبو زيد عن ابن القاسم** أنه إذا بلغ ذلك ثلث الدية فعلى العاقلة، وإن قصر ففي ماله فإن نقص لم يكرر القصاص، وفي الموازية والعتبية[5] من رواية **أصبغ عن ابن القاسم** إن علم النقص قبل أن ينبت اللحم، ويندمل الجرح، أتم ذلك، وإن طال الأمر فلا شيء عليه فيه لا إتهام ولا دية، وقال غيره: إن كان يسيراً فلا يقاد، ولو كان بحضرة ذلك، وإن كان كثيراً اقتص له منه تمام حقه قبل البرء، فإن طال فله ما بينهما من الدية، قال مالك: إن برئ المستقاد منه ومثل بمجروح أو برئت

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) الإشراف عبد الوهاب 2/ 284؛ المعونة 3/ 1314، وبه قال الحنابلة. ينظر: الإنصاف 10/ 30.

(3) روضة الطالبين 9/ 265، 231؛ وبه قال أبي يوسف ومحمد. ينظر: مختصر الطحاوي ص240.

(4) تحفة الفقهاء 3/ 102؛ المبسوط 26/ 147.

(5) البيان والتحصيل 16/ 184.

جراحه على عيب أو نقص أو عقل، فإن المستقاد منه لا يكسر ثانية، ويعقل له بقدر ما نقص قال وأنه أمر مختلف فيه، وهذا أحب ما فيه إلي.

فرع: لو شجه موضحة عمداً فأذهب العقل أو السمع فدية العقل أو السمع في مال الجاني قاله **ابن القاسم وأشهب**: وفي الموازية عن **أشهب** دية العقل ففيها ديتان دية الخطأ في ماله ودية السراية على العاقلة.

قوله: «والمماثلة في القصاص معتبرة في ثلاثة أشياء أحدها في صفة الفعل»: وهذا والذي بعده متفق على اعتباره، ومعنى الأول أن الجناية إن كانت جرحاً كان القصاص كذلك، وإن كانت قطعاً فكذلك اعتبار بالمحل مثل أن يفقأ عينه اليمنى، وليس للجاني العين اليمنى، فللمجني عليه دية عينه، وتعذر القصاص لتعذر محله قاله مالك فتعلقت الجناية (البدنية)[1] بالمال لتعذر تعلقها بالبدن، ومن (هذه الأسولة)[2] الأعور يفقأ عين الصحيح عمداً فالصحيح (أن المجني عليه)[3] بالخيار بين القود أو الدية، إذا كانت الباقية مثل المفقوءة في كونها يمنى أو يسرى، قال ابن المواز، اختلف الناس في ذلك، فقال **ابن القاسم وعبد الملك** وأكثر أصحابنا ما ذكرنا من تخيير المجني عليه بين القصاص ونصف الدية، وقضى به **عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان ويحيى بن سعيد** وغيرهم، وإليه رجع **مالك** وروى **ابن القاسم وعيسى بن دينار** عن **مالك** ليس المجني عليه إلا القصاص، وروى **ابن حبيب** أن مالكاً رجع إلى هذا، فإن كانت عينه الباقية يمنى وفقأ يسرى عين الصحيح، فقال **ابن المواز** رجع أصحابنا على أن لا قصاص، وغنم له نصف الدية[4].

قوله: «والثالث فيما يستوفي به القصاص»: وهو الآلة وهذه المسألة مشهورة الخلاف، فقال (فريق)[5] من العلماء لا قود إلا بحديدة، وهو قول

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) في نسخة: «ش»: (هذا الأسلوب).
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) ينظر: في جملة هذه الأحكام المنتقى 9/ 37.
(5) في نسخة: «خق»: (فرقة).

أبي حنيفة[1]، وقال **مالك**: المرء مقتول بما (به)[2] قتل[3] ولكل واحد سلف من الصحابة والتابعين، والعمدة[4] لنا الكتاب والسنة، أما لكتاب فقوله سبحانه: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: 126] وأما السنة فحديث (العرنيين) الذين قتلوا راعي رسول الله ﷺ فقطع أيديهم وأرجلهم وسمَّل أعينهم وتركهم في الحرة حتى ماتوا)[5] وحديث اليهودي الذي رضخ جارية من الأنصار على أوضاح لها، فرضخ رسول الله ﷺ رأسه خرَّجه والذي قبله **البخاري**. وههنا فروع:

الأول: من قتل بالنار هل يقتل بها أم لا؟ اختلف المذهب فيه، والمشهور عن **مالك** أنه يقتل بالنار[6] وروى **ابن المواز** (أنه لا يقتل بالنار من قتل)[7] بها[8] لقوله ﷺ: **(لا يعذب بالنار إلا رب النار)**[9] وروى أن علياً رضي الله عنه أتى بزنادقة فحرقهم بالنار فسمع بذلك عبد الله بن عباس فقال: أما لو كنت لما حرقتهم بالنار لقوله ﷺ: **(لا تعذبوا بالنار)** ولقتلتهم لقول رسول الله ﷺ: **(من بدل دينه فاقتلوه)**[10] ورفع إلى **مالك** أن يهودياً سب رسول الله ﷺ فأملى على بعض طلبته أن يكتب: يقتل ولا يستتاب فكتب طالبه من قبل رأيه: ويحرق بالنار، ثم عرضه على مالك فاستصوبه.

---

(1) مختصر الطحاوي ص232؛ مختصر القدوري 3/ 141.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) المعونة 3/ 1308؛ الإشراف 2/ 182؛ بداية المجتهد 2/ 639.

(4) في نسخة: «خق»: (والمعتمد).

(5) حديث: **(العرنيين)**: صحيح البخاري، كتاب الوضوء، باب أبوال الإبل والدواب والغنم ومرابطها، حديث (231) 1/ 92؛ سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب ما جاء في المحاربة، حديث (4364) 4/ 130.

(6) عيون المجالس 5/ 2002؛ الكافي ص588؛ المنتقى 9/ 105؛ بداية المجتهد 2/ 239.

(7) في نسخة: «خق»: (عن مالك من قتل بالنار لم يقتل).

(8) المنتقى 9/ 105.

(9) حديث: **(لا يعذب بالنار إلا رب النار)**: سنن البيهقي الكبرى 9/ 72؛ مصنف عبد الرزاق 5/ 215.

(10) سنن البيهقي الكبرى 8/ 202.

ولو غرقه في الماء غرق، فإن كان ممن إذا كُتف لم يغرق وثُقل بشيء ينزله إلى القعر حتى يموت، واختلف إذا قتله بالسهم هل يقاد منه بالسهم، وكذلك إذا قتله (بالرمي)[1] بالحجارة فالمشهور أنه [44/و] يقتل بالسهم، وبالحجارة، وقال **ابن الماجشون** هو من التعذيب فلا يقتل بذلك ولكن بالسيف[2].

قوله: «إلا (في)[3] موضعين» أحدهما: أن يكون معصية كاللواط، ولا خلاف بين المسلمين في امتناع المماثلة في هذه الصورة. والثاني: أن تكون الآلة معذبة كالعصا والسكين الكالة، وفي هذا القسم خلاف ففي المجموعة عن **مالك** من قتل بعصا قتل بها، قال **ابن القاسم**: يضرب بالعصا حتى يموت[4]، قال غيره[5] يؤمر بالاجتهاد في الضرب، ولا يقتل بالتطويل عليه والتعذيب.

قوله: «(إلى)[6] ما هو أوحى»: أي أسرع في الإزهاق، ثم ذكر القاضي أن الزمان والحال معتبران في مواضع الضرورة كالمريض والحامل وشدة البرد، والدليل عليه تأخيره ﷺ المرجومة إلى الوضع كما ثبت في الصحيح.

فصل

قال القاضي رَحِمَهُ اللهُ: **«والواجب بالقتل وما دونه من الجراح ثلاثة أشياء»**: ذكر في هذا الفصل موجبات القتل والجراح، وحصرها في ثلاثة: القصاص، والدية، والحكومة وعفو الولي وهو معلوم الجواز فالقصاص بالعمد المحض، ومواضع الدية أربعة كما ذكره القاضي الخطأ المحض والعمد المحض إذا تعذر القود فيه بعفو بعض الأولياء، ومثل فعل الأب بابنه

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) النوادر 14/ 31؛ عيون المجالس 5/ 203؛ المنتقى 9/ 105؛ بداية المجتهد 2/ 639.
(3) ساقطة في نسخة: «غ».
(4) النوادر 14/ 30.
(5) لعله يقصد أشهب. ينظر: المنتقى 9/ 106.
(6) في نسختي: «ق» و«ز»: (على).

إذا حذفه فقتله كما فعل قتادة المدلجي حيث حذف ابنه بالسيف فأصاب ساقه فبرئ جرحه فمات. وقد تقدم ذكره.

وهذا إذا زعم الوالد أنه أراد تأديبه، وأشبه دعواه فتلزمه الدية المغلظة.

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **«ويلحق بذلك شبه العمد عند من أثبته»** قلت: وهو ما قصد به الضرب دون القتل، والرابع فما لا قود فيه من جراح العمد، فالمتالف الذي يخشى السراية من القصاص فيها، وأما ما لا قود فيه من قتل العمد فهو الكافر يقتله المسلم لعدم التكافؤ كما ذكرناه وكلام القاضي في هذا الفصل ظاهر لا إشكال فيه.

قوله: «والدية ثلاثة أنواع إبل وذهب وفضة»[1]: وهذا تنبيه على خلاف **الشافعي**[2] إنه أنكر دية الذهب والورق، وجعل على أهل الذهب والورق قيمة إبل الدية، والمذهب ما ذكرناه.

قوله: «ويؤخذ كل نوع منها من أهله الذي يكون (غالب)[3] أموالهم لا يؤخذ (سوى هذه)»[4] ونبه بقوله: «لا يؤخذ غير ذلك» على مذهب **أبي حنيفة ومحمد بن الحسن** القائلين أنه يؤخذ من أهل البقر مائتا بقرة، ومن الغنم ألف شاة، ومن أهل الحلل مائة حلة يمانية. وروي أن النبي ﷺ حكم بذلك. ثم ذكر أن الديات على ثلاثة أقسام: مخمسة وهي دية الخطأ ففي النفس مائة من الإبل خمس بنات مخاض، وخمس بنات لبون، وخمس بني لبون، وخمس حقاق، وخمس جذاع. ودية العمد المحض أربعة ينقص عن الخطأ بنو لون. ودية شبه العمد مثلثة: ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفة حوامل في بطونها أولادها. ثم ذكر الخلاف هل تغلظ الدية على أهل الذهب والورق أم لا؟ والصحيح أن التغليظ شرع فلا يثبت إلا حيث أثبته الشارع، وهو في قضية المدلجي في الإبل بالسن فقط. والقول الثاني: أن التغليظ في المذهب

---

(1) المعونة 3/ 1319؛ الكافي ص595 ـ 596.

(2) الأم 6/ 105؛ مختصر المزني ص244؛ الإقناع ص164.

(3) في نسختي: «خق» و«ش»: (من) عوض (غالب).

(4) في نسختي: «خق» و«ش»: (غير ذلك).

والورق، وهذا جنوح إلى مذهب **الشافعي** القائل إن الدية على أهل الذهب والورق هي قيمة المائة من الإبل بلغت ما بلغت. وثانيهما: أن ينظر ما بين دية الخطأ والتغليظ فيجعل جزءاً زائداً على دية الذهب والورق[1].

قوله: «(تغلظ)[2] في الجراح كالقتل[3] إذ كان مما فيه القود» يريد إذا كان (الجرح)[4] مما فيه القود، فاسم كان عائد على الجرح، وذلك أن الجراح كما قدمناه على قسمين: قسم فيه القصاص وهو الذي تغلظ فيه الدية، وقسم لا قصاص فيه، ولا تغليظ وصفة التغليظ أن ينظر الواجب في الجرح، فإذ كان ثلث الدية أو (غيرها)[5] أخذ ذلك المجروح على صفة (دية)[6] التغليظ مثلثة، فالتغليظ فيها بالسن كما كان في الدية الكاملة.

قوله: «وتحمل العاقلة دية الخطأ»: وهذا كما ذكره، وإما ذلك رفقا بالجاني لما كان فعله خطأ ولا تحمل دية العمد ولا اعتراف به ولا الصلح.

(**فرع**: لو أقرَّ بالقتل خطا ففيه روايتان[7]، إحداهما: لا شيء عليه، ولا على العاقلة، والثانية: أنها عليه لا على العاقلة، إلا أن ترضى العاقلة)[8].

فرع: لا تحمل العاقلة من دية الجراح إلا الثلث فصاعداً، وما قصد عن الثلث فهو في مال الجاني لأنه في حيز القليل[9]، وقال **أبو حنيفة**: تحمل العاقلة من الدية ما بلغ نصف العشر فصاعداً[10]، وقال **الشافعي**: تحمل

---

(1) المعونة 3/ 1322؛ المقدمات 3/ 294؛ البداية 2/ 649.
(2) في نسخة: «ش»: (والتغليظ).
(3) في نسختي: «خق» و«ش»: زيادة (يسقط جزءاً زائداً على دية الذهب والورق) ولعلها من كلام ابن بزيزة وقد أدرجت ضمن المتن.
(4) في نسخة: «خق»: (الجراح).
(5) في نسخة: «ش»: (عشرها).
(6) ساقطة في نسخة: «خق».
(7) ينظر: التفريع 2/ 215؛ المعونة 3/ 1324؛ ذكرا في المسألة ثلاثة روايات.
(8) ساقطة في نسخة: «خق».
(9) التفريع 2/ 213؛ عيون المجالس 5/ 2051؛ المعونة 3/ 1425.
(10) الهداية 4/ 579.

العاقلة قليل الدية وكثيرها[1]، ولأجل هذا الخلاف نبه القاضي عليه.

قوله: «والاعتبار بثلث دية المجروح وقيل غيره»: هذا فرع مختلف فيه عندنا، فروى **أشهب** عن **مالك** في المجموعة والعتبية أنه ينظر إلى دية المجني عليه [44/ظ] أو الجاني، فإذا بلغت الجناية ثلث دية أحدهما حملته العاقلة، وقال **ابن القاسم**، قال **ابن كنانة** لمالك الذي كنا نعرف من قوله أن الاعتبار في ذلك بدية المجروح، فأنكر ذلك **مالك**، وحكى القاضي وغيره أن مشهور المذهب اعتبار ثلث دية الجاني لا المجنى عليه وهو الأظهر من مذهب **ابن القاسم** وقول القاضي، وقيل: غيره إشارة إلى ما ذكرناه من الخلاف[2].

قوله: «والعاقلة العصبة الأقرب فالأقرب»: وهذا كما ذكره، ولا حد لعددهم، ولا لعدد (ما)[3] يؤخذ منهم، وإنما ذلك بحسب الاجتهاد، قال **ابن القاسم** عن **مالك** كان يؤخذ ممن كان منهم في الديوان من كل مائة درهم درهم، ونصف العطاء، والمعتبر في ذلك يوم قسمة الدية لا يوم الجناية على الملئ بقدره، وعلى المعسر بقدره، وههنا فروع:

الأول: هل يعقل أهل البدو مع أهل الحضر فيه قولان، قال مالك في المدونة: لا يعقل أهل البدو مع أهل الحضر لأنه لا يستقيم أن يكون في دية واحدة إبل وعين وقاله **ابن القاسم**[4] وقال **أشهب**، **وابن وهب**، **وعبد الملك**، يشتركون جميعاً في الدية، ويضم القبائل بعضها إلى بعض في الدية[5]، ولا يعقل أهل مصر أهل الشام، ولا أهل الشام مع أهل مصر[6]، وفي كتاب **ابن سحنون** عن أبيه ويضم عقل إفريقية بعضهم إلى بعض من طرابلس إلى طبنة[7]

---

(1) الأم 6/ 116؛ مختصر المزني ص248؛ الإقناع ص166.

(2) في جملة هذه الأقوال ينظر: التفريع 2/ 213؛ المعونة 3/ 1325؛ المنتقى 9/ 73.

(3) في نسخة: «خق»: (من).

(4) المدونة 16/ 398.

(5) المنتقى 9/ 66.

(6) المدونة 16/ 398؛ التاج والإكليل 6/ 267.

(7) طبنة: بلدة في طرف إفريقية مما يلي المغرب على ضفة الزاب قرب مدينة بجاية فتحها موسى بن نصير، وإليها ينسب علي بن منصور الطبني. ينظر: معجم البلدان 4/ 21؛ التاج والإكليل 6/ 267.

وهي على الأحرار البالغين المياسر، قال **ابن الماجشون**: لا شيء على المعدم، قال **ابن القاسم**، ولا على المديان وقال **أصبغ**: يعقل السفيه مع العاقلة، وقاله **ابن القاسم**: في العتبية، ويعقل المولى الأعلى المولى الأسفل وهل يعقل المولَى الأسفل المولَى الأعلى فيه روايتان في المذهب، واختلف هل يؤدي الجاني مع العاقلة، قال في المجموعة وغيرها هو في العاقلة، قال بعض الأشياخ: وهذا استحسان وليس بقياس، وقال في غيرها لا يدخل معهم، ولا يدخل النساء والصبيان والمجانين في العقل، قاله **مالك**: قال الأشياخ: خمسة أصناف يعقل عنهم ولا يعقلون الصبيان والمجانين والنساء والفقراء والمديان وإذا مات بعض العصبة بعد توزيع الدية عليهم، قال **سحنون**: إذا قسمت صارت كدين ثابت (على الميت، فتؤدى من ماله، وقال **أصبغ**: الجميع على باقي العاقلة قال **ابن الماجشون**: إذا مات أو أفلس بعد التوزيع فهو دين ثابت)[1] عليه، وإذا كان بعض العاقلة أهل عمود، وبعضهم أهل ورق وذهب كان الأقل تبع للأكثر[2].

قوله: «واختلف في جراح العمد الذي لا قود فيها»: وفي مثل فعل الأب بابنه فقيل: في مال الجاني حالة، وقيل: على العاقلة حالة، وقدمنا الكلام فيه.

قوله: «ومن قتل نفسه فدمه هدر»: هو مذهب **مالك**[3]، وقال **الأوزاعي وابن حنبل**: إن جنى على نفسه خطأ فالدية على العاقلة يدفعونها إلى ورثته. والصحيح أن الجاني على نفسه لا يحمل عنه أحد[4]. وههنا فروع:

الأول: إذا وضع سيفاً بطريق أو غيره يريد قتل رجل بعينه فعطب فيه

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».

(2) المنتقى 9/ 66 ـ 67.

(3) الفواكه الدواني 2/ 192، قال النفراوي: ولما كان من شرط حمل العاقلة أن لا يكون الجاني جنى على نفسه، قال ولا تعقل العاقلة دية من قتل نفسه عمداً أو خطأ بل يكون دمه هدراً في العمد اتفاقاً، وفي الخطأ على المشهور.

(4) الكافي في فقه ابن حنبل 4/ 120؛ كشاف القناع 6/ 13؛ المغني 8/ 303.

غيره فهو خطأ والدية فيه على العاقلة، لأنه لم يقصد قتل هذا الهالك، وإنما جعله لغيره قاله **ابن القاسم**، ولو مات به المجهول له قتل به هكذا النص عن **ابن القاسم**[1].

فرع: لو وقع رجل فجذب غيره فماتا فعلى عاقلة الجاذب الدية لأنه خطأ، ولو سقط من فوق دابة أو حائط على رجل فقتله فهو خطأ فيه الدية قاله **أشهب**: في الموازية والمجموعة، ولو انكسرت سن الساقط وسن المسقوط عليه، قال **ابن المواز**: قال أصحابنا على الساقط دية سن المسقوط عليه، ولا شيء على المسقوط عليه، وقضى به **شريح**، وقال **ربيعة** على كل واحد منهما ما أصاب به الآخر[2].

فرع: لو دفع رجل رجلاً فوقع المدفوع على آخر فقتله، فعلى الدافع العقل دون المدفوع، وفي الموازية فيمن مر بِجَزَّارٍ يقطع لحماً فدفعه دافع فسقط فوقعت يده تحت فأس الجزار فقطع أصابعه، فعقل ذلك على الدافع، وقيل: على عاقلة الجزار، ويرجع على عاقلة الدافع[3].

فرع: لو سقط ابنه من يده فمات لم يلزمه شيء، ولو سقط شيء من يده على ابنه أو على ابن غيره (فمات)[4] فهو خطأ على العاقلة.

فصل

قال القاضي رحمه الله: **«فصل والدية تختلف باختلاف حرمة المقتول ودينه»** إلى آخر الفصل.

شرح: هذا الفصل ظاهر واختلاف الديات تابع لاختلاف الدين والحرمة، فدية المسلم الذكر كما قدمناه مائة من الإبل على أهل الإبل، وألف دينار شرعية على أهل الذهب، واثنا عشر ألف درهم على أهل الورق، ولا

---

(1) المنتقى 9/ 90.
(2) المنتقى 9/ 91.
(3) المنتقى 9/ 92.
(4) ساقطة في نسخة: «ش».

اختلاف في ذلك عندنا عملاً على حديث **عمرو بن حزم**[1][2]، وقضى به عمر بن الخطاب، وهذا المقدار من الدينار اليوسفية الدينار الصغار الجارية في دولة الموحدين التي صرفها ستة عشر درهما للدينار الواحد ألف دينار ذهباً وسبعمائة دينار وسبعة دنانير، ومن الورق بالدراهم الموحدية إحدى وعشرون ألف درهم وستمائة درهم، ونصاب القطع والنكاح أيضاً بها خمسة دراهم وخمسان، ونصاب الزكاة من ذلك أيضاً ستة وثلاثون ديناراً، ويزيد الدرهم الشرعي على هذه الدرهم الواحدي أربعة أخماس [45/و] وقال **أبو حنفية** قدر الدية من الورق على أهل الورق عشرة ألف درهم[3]، والحجة قائمة عليه بما رويناه عن عمر بن الخطاب، ودية المرأة نصف دية الرجل، وتعامل الرجل في جراحها إلى ثلث ديته، فإذا عظمت مصيبتها قل إرشها برجوعها إلى دية نفسها على مقتضى السنة، ودية الكتابي عندنا كدية المرأة وإناثهم على النصف من ذكورهم[4] وقال أبو حنيفة: دية الكتابي والمجوسي كدية المسلم[5]، وحكم عمر بن الخطاب حجة عليه، وتأثير النقص فيه بالكفر، ودية المجوسي ثمانمائة درهم[6]، والمعتمد عليه في توقيت دية الموضحة والمنقلة والمأمونة والجائفة على السنة الصحيحة، وقضى الخلفاء بذلك، ففي الموضحة نصف عشر الدية، وفي المنقلة عشر ونصف عشر، وفي المأمونة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية وفسر الشيخ **أبو بكر الأبهري والقاضي** وغيرهما الحكومة[7]

---

(1) أبو الضحاك عمرو بن حزم النصاري، روى عن النبي ﷺ، وعنه ابنه وامرأته سودة بنت حارثة شهد الخندق وهو ابن (15) سنة، واستعمله النبي ﷺ على أهل نجران وهو ابن (17) سنة قيل توفي سنة (52هـ ـ 672م) وقيل غير هذا. ينظر: تهذيب التهذيب 8/ 20.

(2) حديث: **(إن في النفس فدية مائة من الإبل)**. ينظر: سنن النسائي، كتاب القسامة، باب ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول، واختلاف الناقلين له، حديث (4853) 8/ 57؛ صحيح ابن حيان 14/ 507؛ المستدرك على الصحيحين 1/ 553.

(3) مختصر الطحاوي ص232؛ مختصر القدوري 3/ 153؛ المعونة 3/ 1336؛ بداية المجتهد 2/ 653.

(4) التفريع 2/ 216؛ الكافي ص596.

(5) مختصر الطحاوي ص240؛ مختصر القدوري 3/ 154.

(6) التفريع 2/ 216؛ عيون المجالس 5/ 2034؛ المنتقى 9/ 94.

(7) الحكومة: المراد بالحكومة الحكمان فأكثر يحكمان بما يجب في هذه الجناية، وذلك =

بأن يقوم المجروح عبداً صحيحاً، ثم يقوم معيباً فما نقص فعلى الجارح مثله من ديته[1].

والألية: اللحم المجتمع في العجز. والفصل ظاهر، حظُّ الطالب حفظه، وتفهم كلام القاضي فيه فهو بين، وعين الأعور كعيني الصحيح ففيها الدية الكاملة عندنا، وبه قضى **عمر بن الخطاب**، **وعثمان بن عفان**، **وعمر بن عبد العزيز**، **وابن عباس وعروة بن الزبير**، **وسليمان بن يسار**[2]، **وربيعة**، **وابن شهاب**وهو قول جميع أصحاب **مالك**[3]، وبيان القاضي نقص السمع ونقص البصر ظاهر إن شاء الله.

فصل

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«فصل: وتجب بالجناية على العبد قيمته لا دية»**: وهذا كما ذكره، لأن العبد عندنا مال من الأموال في هذا المحل، فالقيمة فيه كالدية في الحر وقيمة ما نقصته الجناية في الجراحات كأرش جراحات (الحر إلا في الشجاج الأربعة فيها من القيمة بحساب ما فيها من الدية، ثم ذكر حكم جناية)[4] العبد وهو مسترق بالجناية لقوله ﷺ: **(العبد فيما جنى)**[5] ولسيده إن اشترقه المجني عليه أن يفتديه بأرش الجناية إن أحب تغليباً لحكم المالك.

= بالنسبة إلى الجنايات التي ليس فيها دية مقدرة، كأن يجرح في موضع من بدنه جراحة تشينه، فيقيس الحاكم أرشها فيقول: لو كان هذا المجروح عبداً غير مشين بهذه الجراحة كانت قيمته مائة مثلاً، وقيمته بعد الشين تسعون، فقد نقص عشر قيمته، فيوجب على الجارح عشر دية الحر. ينظر: النهاية في غريب الحديث 1/ 420؛ الفواكه الدواني 2/ 208.

(1) النوادر 13/ 398؛ بداية المجتهد 2/ 662.

(2) سليمان بن يسار الهلالي المدني مولي ميمونة، وقيل أم سلمة، ثقة فاضل أحد الفقهاء السبعة من كبار الثالثة مات بعد المائة، وقيل قبلها. ينظر: تقريب التهذيب ص255.

(3) التفريع 2/ 215؛ المعونة 3/ 1332؛ بداية المجتهد 2/ 666؛ وروى أبو بكر الأبهري رواية شاذة. ينظر: المنتقى 9/ 38.

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) لم أقف على هذا الحديث.

وتضمين السائق، والقائد، والراكب من باب أن فاعل السبب كفاعل المسبب وهي قاعدة معلومة شرعاً. وروى أبو هريرة أن رسول الله قال: **(جرح العجماء جبار والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس)**.

(قال **مالك**)[1] وتفسير الجبار أنه لا (شيء)[2] فيه[3].

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«والحكم بالقسامة[4] واجب»**.

شرح: الأصل في القسامة ما رواه **مالك** في موطئه عن **العلاء بن عبد الرحمن بن سهل عن سهل بن حثمة أنه أخبره رجال من كبراء قومه أن عبد الله بن سهل[5] ومحيصه[6] خرجَا إلى خيبر من جهد أصحابهم[7]** الحديث بكامله، وهو ثابت في الصحيح، وقد اختلف أهل العلم في مفهوم هذا الحديث فذهبت طائفة كثيرة من أهل العلم أن النبي ﷺ لم يحكم في هذه القضية بشيء، وإنما لاطفهم النبي ﷺ وسايسهم وأراهم كيف (لا)[8] يجري الحكم بالقسامة على مقتضى القواعد، لأن يمين المدعين على ما لم يحضروه غموس، وقبول إيمان الكفار مردود، وإلى هذا جنح **أبو حنيفة** ومن قال بقوله من أهل العراق[9]، وجمهور العلماء على أن النبي ﷺ حكم بقوله: **(إما أن**

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) كذا في النسختين وفي الموطأ (دية).

(3) موطأ مالك 2/ 969.

(4) القسامة لغة الأيمان، وفي الاصطلاح: هي حلف خمسين يميناً أو جزئها على إثبات الدم. ينظر: المصباح المنير 2/ 503؛ حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع 2/ 626.

(5) أبو ليلى محمد بن عبد الرحمن بن سهل الأنصاري الحارثي المدني، روى عن سهل بن أبي حثمة، ورجال، وقيل عن رجال من كبراء قومه، وعنه مالك بن أنس قال ابن عبد البر أجمعوا على أن ثقة. ينظر: تهذيب التهذيب 12/ 215.

(6) أبو سعد المدني محيصة بن مسعود بن كعب بن عامر الأنصاري الخزرجي، شهد أحد وما بعدها، وبعثه رسول الله ﷺ إلى فدك، روى عن النبي ﷺ، وعنه ابنه سعد وابن ابنه حرام ابن لسعد بن محيصة. ينظر: تهذيب التهذيب 10/ 67.

(7) موطأ مالك، كتاب القسامة، باب تبرئة أهل الدم في القسامة، حديث (1565) 2/ 877.

(8) في نسخة: «خق»: زيادة (لا).

(9) جزء من الحديث الذي قبله.

يدوا صاحبكم وإما أن يؤذنوا بحرب)[1]، وروى أبو قلابة[2] أن نفراً من الأنصار تحدثوا فخرج رجل منهم بين أيديهم، فإذا هم بصاحبهم يتشحط في الدم[3]، وذكر (حكاية)[4] القسامة، قال **(مالك)**[5]: والقسامة سنة لا رأى لأحد فيها، وكانت في الجاهلية فأقرها النبي ﷺ في الإسلام[6]، وقال **مالك** وما ذكر الله من شأن البقرة التي ضرب القتيل ببعضها فحيي، فأخبر بمن قتله، دليل أنه يقسم مع قول الميت[7]. قال الشيخ **أبو محمد** فإن قيل: إن ذلك آية قيل: الآية حياته، فإذا صار حياً لم يكن كلامه آية[8] قال المصنف عفا الله عنه: وفي حديث الجارية التي (رضخ)[9] اليهودي رأسها أنها أشارت برأسها إليه، فأمر به رسول الله ﷺ (فرضخ)[10] رأسه، وفي بعض طرقه من زيادة العدل الصحيحة المقبولة أن النبي ﷺ أتى به فأقر[11]، قال **مالك**: وقد فرق الله سبحانه بين الدماء وغيرها تعظيماً لحرمة الدماء[12].

قوله: «(ففي العمد القود، وفي الخطأ الدية)»[13] وهذا كما ذكره، وذكر

---

(1) شرح فتح القدير 7/ 303؛ بدائع الصنائع 7/ 286.

(2) أبو قلابة عبد الله بن زيد بن عمرو الجرمي، عالم بالقضاء والأحكام، من أهل البصرة توفي سنة (104هـ ـ 722م). ينظر: تهذيب التهذيب 5/ 224.

(3) حديث: **(فإذا هم بصاحبهم يتشحط)**: صحيح البخاري، كتاب الديات، باب القسامة، حديث (6503) 6/ 2529؛ سنن البيهقي الكبرى 8/ 128.

(4) في نسخة: «خق»: (حكاية).

(5) كذا في النسختين ولعل الصواب أشهب.

(6) مواهب الجليل 6/ 269.

(7) المعونة 3/ 1347؛ المنتقى 8/ 449.

(8) النوادر 14/ 136؛ المنتقى 8/ 449.

(9) في نسخة: «خق»: (رض).

(10) في نسخة: «خق»: (فرض).

(11) صحيح البخاري، كتاب الخصومات، باب ما يذكر في الأشخاص، حديث (2282) 2/ 850.

(12) النوادر 14/ 136؛ المعونة 3/ 1352.

(13) في نسخة: «خق»: **(ويجب بها القود في العمد والدية في الخطأ)**.

أن الحكم بها مشروط بشروط، وهذه الشروط السبعة التي ذكر القاضي عليها تتفرع مسائل القسامة.

الشرط الأول: أن يدعي الدم على رجل بعينه بلوث يرجح الدعوى على ببينة على المدعى عليه ولا بالإقرار، فإن قامت عليه البينة، أو أقر بالقتل فالقود واجب بغير قسامة.

والثاني: أن يكون المقتول حراً مسلماً، فإن كان عبداً أو ذمياً فلا قسامة فيه، لأن العبد مال، والقسامة لا تكون في المال، وكذلك إذا كان كافراً، لأن المسلم لا يقتل بالكافر، وإن كانا ذميين فالمشهور أنه لا يحكم بينهما بالقسامة، وإن تحاكموا إلينا، لأن سنة القسامة إنما كانت في حر مسلم فلا تتعدى محلها [45/ظ] وقال عبد العزيز بن أبي سلمة لأهل القسامة فيقسم الذمي على الذمي إن تحاكموا إلينا، وأباه **مالك** وأصحابه(1)، وروى **ابن حبيب** قال كان **ابن القاسم**: يقول في النصراني يقول دَمي عند فلان المسلم أن ولاته يحلفون ويستحقون الدية، وذكره عن **مالك**، وأنكر ذلك **مطرف**، **وابن الماجشون** ولم يعرفاه لمالك، ولا أحد من علمائهم، وإنما قال **مالك**: إن أقام شاهداً واحداً على قتله حلف ولاته يميناً واحدة، وأخذوا الدية في مال القاتل في العمد، ومن العاقلة في الخطأ، وقال ابن نافع: لا تحمل العاقلة ديته(2) لأنها تستحق في هذه الصورة بيمين واحدة، ولا تحمل العاقلة ما يستحق بيمين واحدة، ولم يذكر القاضي البلوغ شرطاً، وذكره غيره من أشياخ المتقدمين، لأن الصبي لا حكم لقوله، ولا يقبل دعواه، قال **محمد بن المواز**: قال بعض العلماء: يقسم مع قول الصبي وأباه **مالك** وأصحابه(3)، قال **ابن القاسم**: والصبي في هذا بخلاف المسخوط والمرأة لأن الصبي لو أقام شاهداً عليه حلفوا معه واستحقوا، وفي المجموعة عن أشهب قول كل واحد على نفسه أوجب من دعواه على حقه لم يحلف معه، ولو أقام المسخوط أو المرأة أو النصراني أو العبد شاهداً على غيره، فإذا لم يقبل

(1) النوادر 14/ 144.
(2) المنتقى 8/ 451.
(3) النوادر 14/ 143.

إقرار الصبي على نفسه بقتل، أو جرح فدعواه في ذلك على غيره أبعد قال **سحنون**: ومن قال يقسم مع قول الصبي لزمه أن يقول)[1] يقسم مع قول النصراني، وروى **مطرف** عن **مالك** لا يقسم مع قول الصبي إلا أن يكون قد راهق وأبصر وعرف فليقسم على قوله[2]، وعده بعض شيوخ الصقليين خلافاً، واختار أنه لا يقسم على قوله كما لا يحلف مع شاهده حتى يبلغ والخلاف في (أحكام)[3] المراهق مشهور هل حكمه حكم الصبي، أو حكم البالغ بناء على أن ما قارب الشيء هل يعطى حكمه أم لا؟ قال محمد: وتقبل القسامة مع الحر المسلم البالغ ذكراً كان أو أنثى عدلاً كان أو مسخوطاً، ولأنه لطخ لا شهادة، قال **ابن المواز** ومن لم يقبل قول المقتول حتى يكون عدلاً أخطأ ويلزمه أن لا يقسم مع قول المرأة، لأنها غير تامة الشهادة[4].

الشرط الثالث: أن يكون في قتل فإن كان في جرح فلا قسامة فيه، وهذا كما ذكره فلا قسامة في جرح، ولا في عبد، ولا في أمة وفيمن جد قتيلاً في محله. وروى **أبو حنيفة**[5] أن وجود القتيل في المحلة لوث إذا كان به (أثر)[6] اعتماداً على حديث حويصة[7].

والرابع: أن يكون مع الأولياء لوث، وهذا كما ذكره. وإنما اعتبرنا اللوث، لأنه سبب (مرجح للدعوى)[8] مع الأيمان، وذكر القاضي أن اللوث أنواع: أحدهما: الشاهد الواحد العدل على معاينة القتل، والثاني: الشهادة غير العدل (أو العدل)[9] على قرينة تدل على القتل مثل أن يراه بقربه وهو

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) النوادر 14/ 143؛ المنتقى 8/ 450.
(3) في نسخة: «خق»: (أفعال).
(4) النوادر 14/ 143؛ المنتقى 3/ 451.
(5) مختصر الطحاوي ص247؛ مختصر القدوري 3/ 172؛ البحر الرائق 8/ 446.
(6) ساقطة في نسخة: «خق».
(7) سبق تخريجه.
(8) في نسخة: «خق»: (يرجع الدعوى).
(9) ساقطة في نسخة: «خق».

يتشحط في دمه وعليه آثار الدم (ونحو ذلك)[1] والثالث: شهادة الجماعة غير العدول. والرابع: قول المقتول دمي عند فلان عمداً، وفي كونه لوثاً في دعوى الخطأ روايتان[2].

والخامس: شهادة النساء والعبيد[3]. قال **الشيخ أبو إسحاق**: القسامة تجب بوجوه أربعة:

الأول: قول المقتول دمي عند فلان عمداً.

والثاني: أن يشهد على الضرب، أو الجرح شاهدان مرضيان، ثم يقيم المضروب أو المجروح أياماً بعد ذلك، ثم يموت.

والثالث: أن يشهد شاهد واحد مرضي أن فلاناً قتل فلاناً على غير وجه الغيلة، فإن شهد عدل على أنه قتله غيلة، قال ابن القاسم: لا يقسم مع شهادته، ولا يقبل في هذا إلا شاهدان، وقال **يحيى بن عمر**: يقسم معه[4] وهو الصواب، لأن اللوث حاصل، ولا فرق في المعنى بين الغيلة وغيرها.

الرابع: أن يشهد أهل البدو على قتله فيقسم الأولياء (معهم قتلهم)[5] وروى **ابن حبيب** عن **مطرف** عن **مالك** أن من اللوث اللفيف من السواد والنساء والصبيان يحضرون ذلك مثل الرجلين، والنفر غير العدول[6]، قال **ابن عبد الحكم** ومن اللوث أن يوجد القاتل حدى المقتول، وعليه أثر القتل، ولم ير حين قتله[7]، وذكر **القاضي أبو محمد** في المعونة من أصحابنا من يجعل شهادة العبيد والصبيان لوثاً[8] وحكى أيضاً خلاف المذهب في الفئتين

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) إحداهما: أن قوله يقبل، وتكون معه القسامة كالعمد. والثانية: أن قوله لا يقبل لأنه يتهم أن يكون أراد إغناء ولده وهو قول ابن أبي حازم. ينظر: المقدمات 3/ 309.
(3) عيون المجالس 5/ 2067؛ القوانين الفقهية ص229.
(4) المنتقى 8/ 453.
(5) في نسخة: «ش»: (مع قولهم).
(6) النوادر 14/ 139.
(7) المنتقى 8/ 449.
(8) المعونة 3/ 1342 ـ 1343.

ينفصلان عن قتيل على روايتين إحداهما أن وجوده بين الصفين لوث فيقسم الورثة على من شاءوا أو يقتلونه. والثاني أنه ليس بلوث وديته عليهما إن كان من غيرهما، وإن كان من أحد الفئتين فديته على الفئة المنازعة لها[1]. قال القاضي **أبو الحسن بن القصار**: القسامة تصح بأحد ستة أوجه منها قول المقتول: قتلني فلان عمداً، ومنها الشاهد الواحد على معاينة القتل سواء أنفذ مقاتله أو ضربه، ثم عاش بعد الضرب، ثم مات، ومنها اللطخ إذا وجد بقرب المقتول، وعليه آثار القتل، ومنها السماع المستفيض، ومنها الجماعة في السوق العظيم، ومنها أن يكون الضرب بآلة لا تقتل غالباً بحضرة البينة، ثم يموت في الحال، ومنها أن يكون الضرب من جماعة، فلم يعلم الذي مات من ضربه. قال في الموازية والمدونة يقسم مع الشاهد [46/و] العدل، ولا يقسم مع شهادة المسخوط والنساء والعبيد والصبيان، قال: وإنما يقسم مع الشاهد العدل[2]، وبه أخذ **ابن القاسم وابن وهب، وابن عبد الحكم**، وروى عنه **أشهب** أن اللوث الشاهد الواحد، وإن لم يكن عدلاً، قيل: أفتري شهادة المرأة من ذلك قال: نعم، وليس شهادة (العبيد)[3] من ذلك، وبه أخذ **أشهب**، قال **مطرف** عن **مالك** ومن اللوث الذي تكون به القسامة اللفيف من السواد والنساء والصبيان وغير العدول يحضرون ذلك، ومن روى عنه أن اللوث الشاهد العدل وحده فقدوهم وإنما كان يسأل هل الشاهد العدل لوث فيقول نعم، واللوث ما أخبرتك، وقد حكم به عندنا، وقال **ابن القاسم، وأصبغ** مثل قول **مطرف**[4]، قال **ابن المواز**: وإنما كان يقسم مع شهادة الواحد على معاينة القتل بعد أن يثبت معاينة جسد القتيل ويشهدون على قتله، ويجهلون قاتله كما عرف موت عبد الله بن سهل، قال محمد: وأما شهادة العبد والصبي والذمي فلم يختلف فهي قول **مالك** وأصحابه أنه ليس بلوث، قال **ابن القاسم**: ويقسم مع شهادة امرأتين مرضيتين، ويقتل بذلك، وقال **ربيعة**

---

(1) المصدر نفسه 3/ 1344.

(2) المدونة 16/ 423.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) المنتقى 8/ 449 ـ 450.

ويحيى بن سعيد: شهادة المرأة لطخ يوجب القسامة، وكذلك العبيد والصبيان قال **ربيعة ويحيى ابن سعيد** شهادة اليهودي والنصراني والمجوسي إذا حضروا القتل لوث، قال **محمد** في المجموعة وهذا لا يقوله **مالك**: ولا أحد من أصحابه، قال **عبد الملك**: إذا شهد شاهد واحد على قول القتيل فلان قتلني أقسم الأولياء مع شهادته، وقال غيره لا يجوز على قول الميت إلا شاهدان مرضيان[1]، قال **ابن القاسم**: وإذا شهد شاهد واحد قول المقتول دَمي عند فلان، وشهد شاهد (آخر)[2] أنه قتله لم تلفق الشهادتان ولا بد من القسام. قال **القاضي أبو الوليد الباجي**: ويكتفي بقول المقتول دَمي عند فلان وإن لم يكن به ضرب ولا جرح ولا وصف ضرب ولا غيره، ورواه **ابن حبيب** عن **مالك**[3]، قال **الشيخ أبو الحسن**: إن قال قتلني عمداً ولا جراح به فأحسن ذلك أن لا يقسم، هذا يقتضي اشتراط الإبان وحكاه عن **مالك**[4]، وكذلك لو قال سقاني سماً أو سكراناً فإنه يقتل به بقدر ما يرى الإمام قيد أو لم يتقيد، وكذلك لو شهد شاهد أن فلاناً سقى فلاناً سماً فمات ففيه القسامة. وقد قتل النبي ﷺ اليهودية[5] التي سمت الشاة، وإن لم تعتد على النبي ﷺ فقد اعتدت على بشر بن البراء بن معرور وقتلته[6]، قال **ابن القاسم**: ولو ادعى على أورع

---

(1) المصدر نفسه 8/ 452.

(2) في نسخة: «ش»: (واحد).

(3) المنتقى 8/ 450، قال الباجي: ويكتفي في ذلك بقوله: فلان قتلني، وإن لم يكن به أثر جرح ولا ضرب، ولا وصف ضرب ولا غيره، وتجب بذلك القسامة، ورواه ابن حبيب عن مالك وجميع أصحابه في العمد والخطأ.

(4) التبصرة 4/ 159/ ظ.

(5) هي زينب بنت الحارث أخت مرحب اليهودي. ينظر: شرح النووي على صحيح مسلم 14/ 179.

(6) عون المعبود 12/ 149، قال القنوجي: قال القاضي عياض اختلف آثار العلماء هل قتلها النبي ﷺ أم لا؟ فوقع في صحيح مسلم أنهم قالوا ألا نقتلها قال: لا. ومثله عن أبي هريرة، وجابر وعن جابر، من رواية أبي سلمة أنه ﷺ قتلها، وفي رواية ابن عباس أنه ﷺ دفعها إلى أولياء بشر بن البراء بن معرور، وكان أكل منها فمات بها فقتلوه، وقال ابن سحنون أجمع أهل الحديث أن رسول الله ﷺ قتلها. قال القاضي عياض: وجه الجمع بين هذه الروايات والأقاويل أنه لم يقتلها أولاً حين اطلع على =

أهل بلده فإنه يقسم الأولياء ويقتلون[1]، وقال **ابن عبد الحكم**: لا يقسم في هذا لأنه ادعى ما لا يشبه[2] وهذا هو الصواب.

قوله: «**وفي كون ذلك لوثاً في الخطأ روايتان**»[3]: والمشهور إنه لوث اعتباراً لقبول قوله في العمد، والقول الثاني: أنه ليس بلوث، لأن حرمة المال دون حرمة النفس فيتهم على أنه يريد إغناء ولده.

قوله: «**والخامس أن يتفق الأولياء على ثبوت القتل**»: هذا خامس شروط الحكم بالقسامة وفي هذا الشرط فروع:

الأول: إذا قال المقتول (قتلني)[4] خطأ، وقال: الورثة عمداً أبطل الدم، فلا دية ولا قصاص، لأن الميت أبطل القصاص بقوله خطأ والورثة أبطلوا الدية بدعوى العمد، وكذلك لو قال المقتول قتلني عمداً، وقال الأولياء خطأ فلا قصاص ولا دية أيضاً، لأن المقتول قد نفى الدية: والأولياء قد نفوا القصاص فدمه هدر.

فرع: إذا قال المقتول قتلني ولم يبين صفة القتل، وقال الأولياء لا علم لنا، بطل الدم، إذا لم يعلموا هل حقهم في (النفس، أو المال)[5] فإن أطلق المقتول قوله فقال: قتلني ولم يبين، واتفق الورثة على العمد، أو على الخطأ أقسموا على ما عينوا، واستحقوا القود في العمد، والدية في الخطأ، فإن اختلفوا فقال بعضهم: خطأ، وقال بعضهم عمداً بطل القود، وأقسموا على الدية، إذ لَا يتبعض الدم، وهذا إذا تساووا، فإن اجتمع أكثرهم على العمد فقال **ابن القاسم**: أحب إلي أن لا يقسموا (إلا على)[6] الخطأ، ووقف عن

= سمها، وقيل له اقتلها فقال لا فكما مات بشر بن البراء من ذلك سلمها لأوليائه فقتلوها قصاصاً، فيصح قولهم لم يقتلها أي في الحال، ويصح قولهم قتلها أي بعد ذلك. والله أعلم.

(1) المدونة 16/ 422.
(2) التاج والإكليل 6/ 259.
(3) التفريع 2/ 217؛ الكافي ص601؛ المعونة 3/ 1344.
(4) في نسخة: «خق»: (ذمي عند فلان).
(5) في نسخة: «خق»: (نفس أو مال).
(6) في نسخة: «خق»: (على) ولعل الصواب ما أثبته من نسخة: «ش» بدليل ما بعده.

العمد، وقال في موضع آخر يكشف عن حالة المقتول وجراحاته وموضعه وحالة القاتل وما كان بينهما من العداوة فيستدل بذلك ويقسمون، فقد يعلم العمد من تكرار الضرب وكون المدعى عليه من أهل الشر معادياً للمقتول ممن يليق به العمد، وإذا بنينا على المشهور أنهم يقسمون على الخطأ. فاختلف المذهب في فروع:

الأول: هل تكون الدية كلها على العاقلة إعمالا لحكم الخطأ، أو يكون نصيب مدعي العمد في مال الجاني، إذ العاقلة لا تحمل العمد[1] فيه روايتان:

فرع: لو قال بعضهم عمداً وقال بعضهم لا علم لنا، بطل الدم وردت الأيمان على المدعى عليهم.

فرع: لو قال بعضهم خطأ، وبعضهم قال: لا علم لنا ففيه روايتان: فقيل يقسم مدعو الخطأ ويستحقون انصباءهم من الدية، وقيل: لا يقسمون، وترد الأيمان على المدعى عليهم وهو اختيار الشيخ أبي بكر الأبهري[2]، فإن نكلوا عن اليمين فلا شيء لهم، ولا الآخرين، وهذا إذا استوت منزلتهم [46/ظ] فكانوا بنين أو إخوة، فإن اختلفت منزلتهم مثل أن تقول الابنة خطأ والعصبة عمداً فدمه هدر لا قود ولا دية، لأنه (ثبت)[3] في العمد للعصبة (القود)[4] ولم يثبت بمخالفة الابنة لهم، وفي الخطأ للابنة، ولم تثبت الدية لمخالفة العصبة لها، ويرجع اليمين على المدعى عليه (وإن قال العصبة خطأ، وقال النسوة عمداً أقسم العصبة على نصيبهم من الدية)[5] قال محمد: إذا ادعى جميع العصبة أنه عمداً لم ينظر قول النساء.

فرع: متى بطل الدم بنكل أو اختلاف ردت الأيمان على المدعى عليه.

قوله: «والسادس في العمد أن تكون ولاة الدم اثنان فصاعداً»: وهذا

(1) التفريع 2/ 213.
(2) المعونة 3/ 1344.
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) ساقطة في نسخة: «خق».

كما ذكره أنه لا يقسم في العمد أقل من اثنين بخلاف الخطأ، لأنه مال، وفي العمد دم. فأقيمت أيمان الأولياء في العمد مع اللوث مقام البينة، وهو كما أن الشاهد الواحد لا يكفي في الحقوق، فكذلك الولي الواحد في العمد، وقد عرض ﷺ الأيمان على الجماعة، فقال: أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم والجماعة اثنان فصاعداً، وللولي الواحد الاستعانة بالعصبة، وإن لم يكن لهم حق في الدم كالعمومة مع الابن، لأن ذلك من باب النصرة والموالاة كولاية النكاح لا من باب المواريث، ولهذا كانت الأيمان على عدد الرؤوس، إذ ليس طريقها (التوارث)[1] قال ابن القاسم: كان يمين الولي من ناحية الشهادة، وقد جعل الله اليمين في اللعان مقام الشاهد الواحد[2]، قال **عبد الملك**: ألا ترى أنه لا يحلف النساء في العمد، إذ لا يشهدن فيه[3]، وهذا هو الشرط (السابع)[4] الذي ذكره القاضي.

قوله: «وإذا حصل اللوث بدئ بأولياء الدم»: وهذا كما ذكره[5]، لأنه بدأ بهم رسول الله ﷺ، وقال **أبو حنيفة** يبدأ المدعى عليهم طرد للقاعدة في باب الدعوى[6]، والصحيح ابتداء تبدئة المدعين.

واختلف المذهب إذا كان الأولياء أكثر من خمسين هل يكتفَى بالخمسين أم لا؟ قولان عندنا، والمشهور الاكتفاء، لأن هذا العدد هو المنصوص عليه، والشاذ أن يحلف كل واحد منهم يميناً واحدة أن له حقاً في الدم، أو الدية، ولا يستحق حقه إلا بيمينه[7].

ثم ذكر القاضي أن للأولياء الاستعانة بمن يحلف معهم من عصبة

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) المنتقى ./ 454، قال الباجي: قال ابن القاسم: كأنه من ناحية الشهادة، إذ لا يقتل بأقل من شاهدين.

(3) ساقطة في نسخة: «ش».

(4) المنتقى 8/ 454.

(5) المعونة 3/ 1345.

(6) مختصر الطحاوي ص248؛ مختصر القدوري 3/ 172.

(7) التفريع 2/ 208؛ المعونة 3/ 8ط13؛ المنتقى 8/ 452؛ المقدمات 3/ 311 ـ 312.

ليخففوا عنهم في الإيمان، وإن لم يكن للعصبة مدخل في الدم. وههنا فروع:

الأول: إذا كان الأولياء أكثر من خمسين فقد قدمنا الخلاف هل يقتصر على الخمسين أم لا؟ فإن كانوا خمسين فأرادوا أن يحلف رجلان منهم خمسين يميناً وهم في العقد سواء، ففي المجموعة عن **مالك** لا يجزئهم ذلك، وهو كالنكول[1]، وفي الموازية عن **ابن القاسم** إن ذلك يجزئ وينوب عن من بقي[2].

الفرع الثاني: قال **أشهب**: إذا كانوا ثلاثين حلفوا يميناً يميناً، ثم حلف منهم (عشرون)[3] عشرين يميناً[4].

الفرع الثالث: قال (**أشهب**)[5] إذا استعان الأولياء بالعصبة حلف الأولياء مع العصبة ما ينوبهم من الأيمان، فإن حلف المعينون أكثر من الأولياء لم يجز ذلك[6]. وكان كالنكول من الأولياء.

قوله: «ونكول المستعان بهم غير مؤثر»: وهذا كما ذكره بخلاف نكول بعض ولاة الدم، فإذا أنكل الولي لم يكن للعينين من العصبة القسامة ولا المطالبة بالدم، إذْ لا حق لهم في الدم، وإنما استعين بهم من باب النصرة، وإذا نكل المعين فللولي القسامة.

واختلف المذهب إذا نكل بعض الأولياء وكانوا عصبة فهل يقسم الباقون على حظهم من الدية أو ترد الأعيان على المدعى عليهم قولان: حكاهما القاضي، والأول أَصح في النظر، لأنه حق مالي يمكن فيه التبعيض فإذا سقط

---

(1) المقدمات 3/ 311.

(2) المنتقى 8/ 454.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) المنتقى 8/ 454.

(5) كذا في النسختين، والصواب (ابن الماجشون). ينظر: المنتقى 8/ 455.

(6) المنتقى 8/ 455، قال الباجي: قال ابن الماجشون ولهما أن يستعينا لمن أمكنهما من العصبة ويبدأ بيمين الأقرب فالأقرب، يحلفون بقدر عددهم مع المعينين، فإن حلف الأولياء أكثر مما ينوبهم في العدد مع المعينين جاز ذلك، وإن حلف المعينون أكثر لم يجز ذلك.

أحدهما حظه لم يسقط حظ الآخر إلا بإسقاطه فإن كان الأولياء بنين أو إخوة، فنكل بعضهم، فإن الأيمان ترد على المدعى عليهم وليس لمن بقى أن يحلف هكذا حكى القاضي **أبو الوليد** عن المذهب[1] وظاهر كلام القاضي إجراء الخلاف في صورة نكول بعض الأولياء مطلقاً من غير اعتبار الذي حكاه أبو الوليد وإذا حكمنا في هذه الصورة برد اليمين على المدعى عليه، فنكل ففيه قولان حكاهما القاضي أحدهما: أن الدية عليه في ماله كاعترافه، والعاقلة لا تحمل الاعتراف، والثاني: أنه يحبس حتى يحلف، فإن طال حبسه خلى سبيله، لأنها يمين الاستظهار، ألا ترى أن الورثة أضعفوا سبيلهم ودعواهم بنكولهم عن السبب المرجح للدعوى، فلم يثبت طلبهم بدعواهم حكم محقق، ولما كان الدم حق الورثة كان لهم التصرف فيه بالطلب والإسقاط على عوض الدية، أو ما وقع الصلح عليه، وههنا فروع تتعلق بهذا الأصل.

الأول: إذا كان الأولياء أولاد أو إخوة (فعفا بعضهم سقط الدم بلا خلاف، وكان لمن لم يعف حظه من الدية، وإن كانوا عصبة ففيه روايتان إحداهما أنهم كالأولاد والإخوة)[2] والثاني أن الأيمان ترد على المدعى عليهم.

الفرع الثاني: اختلف في النساء هل لهن مدخل في الدم أم لا؟ فعن **مالك** في ذلك روايتان[3] الإدخال[4] ونفيه[5]، وجه الإدخال قياس حق القصاص على حق الميراث، ولقوله ﷺ: **(من له قتيل فأهله بين خيرين إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا وأخذوا الدية)**[6] ووجه نفي إدخالهن أن ولاية

---

(1) المقدمات 3/ 313، 315.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) المعونة ظ/ 1348.

(4) وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل. ينظر: مختصر الطحاوي ص239؛ روضة الطالبين 6/ 214؛ الإنصاف 9/ 482.

(5) وبه قال الزهري. ينظر: المغني 9/ 464.

(6) سبق تخريجه.

الدم مستحقة بالدفاع والنصرة، وهو مسلوب من النساء، والأول أصح، وإذا قلنا بدخولهن في ذلك فهل يدخلن في القود والعفو [47/و] أو إنما يدخلن في العفو فقط قولان من **مالك**[1] ويتفرع عن هذا إذا اختلف أولياء المقتول فدعا بعضهم إلى القود، وبعضهم إلى العفو وفيه ثلاث روايات في المذهب[2] أحدهما أن القود قول من دعا إلى القول لأنه الأصل في قتل العمد، والثاني: أن القول قول من دعا إلى العفو، لأنه أحب إلى الله تعالى. والثالث: أن القول قول الذكور من البنين أو العصبة دون النساء لأنهم بالنصرة أولى، وبطلب الدم أحرى، وفي الموازية عن **مالك** إذا اجتمع أب (وإخوة)[3] فالأب أَوْلى، من الإخوة، ولا قول للإخوة معه، قال ابن **ابن المواز**: أجمع **مالك** وأصحابه على أن الأب بعد (الولد الذكر)[4] أولى من جميع من ترك الميت من إخوة وأم وغيرهم (لا اختلاف)[5] فيه[6]. واختلفت الرواية في الجد مع الإخوة، فقال **أشهب**: الإخوة أولى منه بالعفو أو القود، لأنهم أقعد، وقال **ابن القاسم**: هو واحد من الإخوة، والإخوة الأشقاء أولى من الإخوة للأب، وليس للإخوة لوم في العفو عن الدم ولا للزوج[7]، وكذلك لو اجتمعت بنات وعصبة فعفت بنت واحدة، وواحد من العصبة، فالمشهور أن ذلك جائز على من بقي وهو قول **ابن القاسم**[8]، وقال **أشهب**: لا يجوز العفو إلا باجتماع البنات والعصبة ولا حق للأم (في الابن في عفو ولا قود، وإن انفردت الأم فهل لها مدخل في ذلك أم لا؟ فروى **ابن حبيب**: ليس الأم)[9] ولاية في دم العمد، إلا أن يصير مالاً وروى **عيسى** عن **ابن القاسم ومطرف** عن **مالك** أن لها ولاية في الدم فهي أولى

(1) عيون المجالس 5/ 1992.
(2) المقدمات 3/ 315.
(3) في نسخة: «خق»: (وبنون) وما أثبته من نسخة: «ش» هو الصواب بدليل ما بعده.
(4) في نسخة: «ش»: (ذكور الولد).
(5) في نسخة: «خق»: (الاختلاف). ينظر: النوادر 14/ 100.
(6) النوادر 14.
(7) المقدمات 3/ 313.
(8) النوادر 14/ 103.
(9) ساقطة في نسخة: «ش».

من العصبة وفي المجموعة في أم، وأخ، وعصبة لا عفو للأم دونها وفي الموازية أن البنات أولى من الأم، والأم أولى بالدم من الأخوات.

فرع: قد ذكرنا اختلاف المذهب هل للنساء مدخل في الدم أم لا، وتظهر فائدته في فرع:

الأول: إذا عفا الذكور من الأولاد فهل يسقط حق البنات من الدية أم لا؟ قولان منصوصان أحدهما: أنه يسقط حق البنات من الدية بناء على أن النساء تبع لا حق[1] لهن في الدم، وكذلك يسقط حق الأخوات إذا عفا الإخوة، وروى **أشهب** عن **مالك** أنه (إنما يسقط حق)[2] العافي وحده، وحظ غيره من الدية باق، لأن الدم قد استحال مالاً[3].

وتحصيل هذا الضابط إن كان الأَولياء كلهم ذكوراً ففيه ما قدمناه، وإن كانوا كلهم إناثاً أو فيهم الذكور والإناث لم يسقط حق الباقي، لأنه عفا بعد أن استحال الدم مالاً، ولو عفا الولي، ثم قال: إنما عفوت على الدية لا عفوا مطلقاً، فالقول إلا أن تكذبه قرائن الأحوال ويحلف أنه مَا أراد ترك الدية، ويأخذ حقه فيها، قاله **مالك وابن القاسم**.

قوله: «ولا يقسم في العمد إلا على واحد»: وهذا هو المشهور من المذهب أنه لا يقسم في العمد إلا على واحد بخلاف الخطأ، فافترق العمد

---

(1) في نسخة: «خق»: (قول).

(2) في نسخة: «خق»: (لا يسقط إلا حق).

(3) هذا الذي نسب لأشهب ليس بصحيح كما صرح بذلك ابن أبي زيد في النوادر 14/ 106 ـ 107: وإذا كان ولد المقتول عمداً ذكوراً وإناثاً، فعفنا جميع الذكور على غير الدية، فذلك جائز ولا حق للبنات في الدية، وكذلك الأخوات مع الإخوة لا حق لهن في دية إلا أن يبقى واحد من الذكور لم يعف عن الدم، أو يعفو ويشترط الدية فيكون لجميع الأخوات حظهن من الدية، كن بنات مع بنين، أو أخوات مع إخوة يأخذون ذلك من القاتل في ثلاث سنين، ويسقط حظ من عفا وحده عن القاتل، وهذا كله قول ابن القاسم، وأشهب.

وذكر أشهب عن مالك مرة أنه قال: إن عفا الذكور فإن لأخواتهم حظهن من الدية، ولم يقل ذلك أشهب ولا ابن القاسم، وقالا ما ذكرا عنه أولاً، وعلى هذا جماعة من أدركنا من أصحاب مالك وهو أصله في موطئه.

والخطأ في هذا القسم في نوعين: أحدهما: أن الخطأ يقسم الولي الواحد فيه، (لأنه مال واجب على العاقلة كالديون الثابتة بخلاف العمد، فإنه دم فلا يحلف فيه أقل من اثنين، الثاني أن الخطأ يقسم الواحد فيه)[1] عل الجماعة، فتحمل الدية على عواقلهم، ولا يقسم في العمد الأعلى واحد فيقتلونه هذا قول ابن القاسم[2]، وأنكره سحنون، وسوى في هذا بين العمد والخطأ، وقال يقسمون على جميعهم، فيقتلون، وفي الخطأ، فتحمل الدية على عواقلهم، وبه قال **الشافعي**[3] وغيره قياساً على قتل الجماعة بالواحد إذا ثبت الدم بإقرار، أو بينة، وقال **أشهب**: لهم أن يقسموا على الجماعة، ولا يقتلون إلا واحداً ممن أدخلوا في قسامتهم[4]، وقال في كتاب **محمد** يقسمون على واحد من أيهم شاءوا، لا يقسمون على جميعهم ، يقتلون واحداً: ويقولون إذا قسموا على واحد من الجماعة لقد مات من ضربه، ولا يقولون من ضربتهم، واعتمد **ابن القاسم** على قوله ﷺ في حديث: **الجاريتين يقسم خمسون منكم على رجل منهم**[5] الحديث. قال في المجموعة ولم يعلم قط قسامة كانت إلَّا عَلَى واحد، وههنا فروع تتعلق بما قدمناه.

الأول: لو ضربه رجلان أحدهما عمداً والآخر خطأ فمات لم يقتل ضارب العمد بالشك. وقال أشهب: يقسمون على أيهما شاءوا فيقتلون في العمد وتحمل العاقلة[6]، ولو مات من ضربات خطأ، وقال الأولياء لا ندري من أيهما مات سقطت الدية، لأنه حمل بالشك، وقيل: يقضي على عاقلة الضاربين وهو أصح.

قوله: «**ويضرب من بقي مائة ويحبس سنة**»: وهذا كما ذكره قياساً

---

(1) سورة البقرة الآية (102).

(2) التاج والإكليل 6/ 275، خلافاً للمغيرة.

(3) الأم 6/ 95؛ مختصر المزني ص251.

(4) بداية المجتهد 2/ 679.

(5) حديث: (**يقسم خمسون منكم على رجل منهم**): صحيح البخاري، كتاب القسامة، باب أصل القسامة 8/ 118؛ صحيح مسلم، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، حديث (1169) 3/ 1292.

(6) المنتقى 9/ 14.

على قاتل العمد إذا عفا عنه (الأولياء بجامع حكمة الردع والتأديب المطلوب تحصيله شرعاً، قال في الموازية إذا عفا عنه)[1] من له العفو بقى حق الله تعالى نظراً إلى أن الزاجر قد اشتمل على حقين حق الله، وحق الآدمي فإذا أسقط الآدمي حقه بقي حق الله تعالى، قال في المجموعة سواء وجب الدم ببينة أو إقرار، أو قسامة، قال مالك: إذا تعلقت القسامة بجماعة فقتل واحد منهم بالقسامة، فإن سائرهم يضرب كل واحد مائة، ويسجن سنة، لأن الأولياء قد ملكوا قتل كل واحد بالقسامة، فإذا تركوا قتله بالقسامة [47/ظ] (إلى)[2] غيره كان عفوا، (وإن)[3] نكل ولاة الدم عن القسامة، وردت الأيمان على المدعى عليهم فحلفوا برئوا، قال **ابن المواز**: وعلى المدعى عليهم الجلد والسجن، وحكاه القاضي **أبو الوليد**[4]، قال **عبد الملك**: إذا حلف المدعى عليه خمسين يميناً برئ من الجلد والسجن.

فرع: إذا كان المقتول كافراً كتابياً، أو مجوسياً، أو عبداً للقاتل أو لغيره فعلى القاتل جلد مائة وسجن سنة، قال **ابن القاسم**، **وأشهب**، **ومطرف**، **وابن عبد الحكم**، وغيرهم قال **عبد الملك** إنما ذلك في المسلم عبداً كان أو حراً، قال **أصبغ**: إذا قتل السيد عبده لزمه الجلد والسجن، قال محمد: إذا قتلت أم الولد سيدها فعليها الجلد والحبس يعني إذا عفا عن دمها، قال أشهب: إذا قتل العبد فلم يقتل فليجلد ويسجن، قال **أصبغ**: على العبد والأمة الجلد دون السجن قياساً على التغريب في الزنا، إذا هو ساقط عن العبد، والأمة والمرأة، واختلفت الرواية بأيهما يبدأ ففي الموازية عن **أشهب** ذلك واسع إنشاء بالجلد أو بالسجن، وفي العتبية أنه يبدأ بالجلد، لأن في (تأخيره)[5] تعريض لإبطاله لاحتمال أن يموت في أثناء السنة.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«وتقسم الدية بين الورثة»** إلى آخر الفصل.

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) في نسخة: «خق»: (التي قتل).

(3) في نسخة: «خق»: (وكذلك إذا).

(4) المقدمات 3/ 319.

(5) في نسخة: «خق»: (تأخير الجلد).

(قلت)[1] وهذا كما ذكره لأن الدية مال موروث، فيستوي فيه جميع الورثة، وروى **الضحاك بن سفيان الكلابي**[2] أن رسول الله ﷺ: **(كتب إلى أبيه أن يورث امرأة أشيم من دية زوجها)**[3][4] وقد اختلف الفقهاء في توريث القاتل، ومذهب **مالك** أن قاتل العمد لا يورث مطلقاً، وقاتل الخطأ يرث من المال دون الدية[5]، ثم تكلم على دية الجنين، والأصل في ذلك ما رواه مالك في موطئه من حديث **أبي هريرة أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنيناً ميتاً فقضى فيه رسول الله ﷺ بغرة عبد أو وليدة)**[6] وفي مرسل **ابن المسيب** فقال: الذي قضى عليه كيف أغرم ما لا أكل ولا شرب ولا نطق ولا استهل» ومثل ذلك بطل، فقال رسول الله ﷺ: **(إنما هو من إخوان الكهان)**[7] فإذا ثبت هذا فالنظر في ذلك في فروع:

الأول: (متى تجب الغرة)[8] وعندنا أنها تجب إذا خرج ميتاً وهي حية، فإن ماتت، ثم خرج الجنين ميتاً فقد اختلف العلماء فيه، وفي مذهب **مالك** قولان: المشهور أنه لا شيء في الجنين وفي الأم الدية، أو القود إن كان الضرب عمداً، وبه قال جمهور أصحاب **مالك**[9]، وقال **ابن شهاب، والليث،**

---

(1) في نسخة: «ش»: (قال الشارح).

(2) أبو سعيد الضحاك بن سفيان الكلابي له صحبة روى عن النبي ﷺ وعنه سعيد بن المسيب. ينظر: تهذيب التهذيب 4/ 444.

(3) أشيم الضبابي بوزن أحمد، الضبابي بكسر المعجمة بعدها موحدة وبعد الألف أخرى قتل في عهد النبي ﷺ. ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة 1/ 67.

(4) حديث: **(أنه كتب إلى أن يورث امرأة أشيم من دية زوجها)**: الترمذي، كتاب الديات، باب ما جاء في المرأة هل ترث زوجها حديث (1415) 4/ 27؛ سنن أبي داود، كتاب الفرائض، باب في المرأة ترث من دية زوجها، حديث (2927) 3/ 129؛ سنن ابن ماجه، كتاب الديات، باب الميراث من الدية، حديث (2642) 2/ 883.

(5) الموطأ 2/ 8د8؛ المعونة 3/ 1354؛ المنتقى 9/ 85.

(6) الموطأ، كتاب العقول، باب عقل الجنين، حديث (1551) 2/ 855.

(7) الموطأ، كتاب العقول، باب عقل الجنين، حديث (1552) 2/ 855.

(8) في نسخة: «ش»: (ما تجب فيه الغرة).

(9) التفريع 2/ 219؛ الكافي ص605؛ المعونة 3/ 1359؛ المنتقى 9/ 32؛ المقدمات 3/ 299.

والشافعي: فيه الغرة[1] وبه قال **أشهب**[2].

الفرع الثاني: إذا بنينا على المشهور أنه لا تجب فيه الغرة إذا خرج بعد موتها، فخرج بعضه وهي حية ثم ماتت فحكى **الشيخ أبو إسحاق** وغيره وجوب الغرة فيه روايتين مبنيتين على مراعاة ابتداء الخروج أو تمامه[3].

الفرع الثالث: الجنين الذي تجب فيه الغرة ما (علم)[4] النساء أنه ولد كانت فيه الروح أو لم تكن كان (مخلقا)[5] أو لم يكن.

الفرع الرابع: إذا كانا توأمين أو أكثر فهل يكتفي بغرة واحدة أم لا؟ قولان أحدهما الاكتفاء بغرة واحدة وفي العتبية فيهما غرتان من سماع أشهب، وفي المجموعة نحوه، وسواء كان الجنين ذكراً أو أنثى[6].

الفرع الخامس: الغرة موروثة على كتاب الله سبحانه، وعليه جمهور أصحاب **مالك**[7] **ابن القاسم، وابن وهب، وأشهب، وابن الماجشون، ومطرف، وابن عبد الحكم وأصبغ، وابن أبي حازم، وقال المغير والمخزمي** هي للأبوين خاصة فإن لم يكن إلا أحدهما فهي له، وقال **ربيعة**: للأم خاصة لأنها كعضو من أعضائها، والصحيح أنها دية، فهي موروثة على كتاب الله سبحانه كسائر الديات[8].

الفرع السادس: قال **مالك**: القيمة في الغرة (حسنة)[9] وليست كالسنة المجمع عليها[10]، وإذا بذل غرة قيمتها خمسون ديناراً أو ستمائة درهم قبلت

---

(1) الأم 6/ 108؛ مختصر المزني ص249 ـ 250؛ الإقناع ص166؛ روضة الطالبين 9/ 366؛ وبه قال الحنابلة. ينظر: الإنصاف 10/ 243.

(2) القوانين الفقهية ص228.

(3) المنتقى 9/ 33؛ المقدمات 3/ 299.

(4) في نسخة: «خق»: (قال).

(5) كذا بالأصل.

(6) النوادر 13/ 465.

(7) المعونة 3/ 1358؛ المقدمات 3/ 298؛ القوانين الفقهية ص228.

(8) المنتقى 9/ 31.

(9) أي استحسان. ينظر: المقدمات 3/ 298.

(10) المدونة 16/ 405.

منه، وإن كان أقل لم تؤخذ إلا أن يشاء أهلها وذلك عشر دية أمه، ولم يذكر الإبل في ذلك في حق أهل الإبل قال **ابن القاسم**: لا مدخل للإبل في ذلك، وإن كان من أهل الإبل، وروى **أبو زيد عن ابن القاسم** يؤخذ فيها أهل الإبل. قال **أشهب**: لا يؤخذ من أهل البادية (فيها إبل)[1][2] قال **مالك**: الغرة من الحمران أحب إلي من السودان[3] إلا أن يغلوا فهو أوسط السودان، قال **عيسى بن دينار** القاتل مخير بين أن يعطى غرة عبد أو وليدة قيمتها خمسون ديناراً أو ستمائة درهم، أو يعطي الدنانير والدراهم[4].

الفرع السابع: إذا طرحته حياً، ثم مات، وكان الضرب خطأ ففيه الدية على العاقلة، وإن كان الضرب عمداً، فقد اختلف قوله **مالك** فيه، فالمشهور من قوله أنه لا قود فيه، قال **أشهب**: عمده خطأ لأنه بالضرب لِأُمِّهِ غير قاصد إلى قتله، وفي المجموعة عن **ابن القاسم** إذا تعمد (الجنين)[5] بضرب البطن أو الظهر أو موضع يرى أنه أصاب به الجنين قاصداً ففيه القود بالقسامة، فإن ضرب رأسها، أو يدها، أو رجلها ففيه الدية بالقسامة في مال الضارب قاله **ابن القاسم**، وقال **أشهب** على العاقلة[6].

الفرع الثامن: إذا ضرب امرأته فألقت جنيناً ميتاً ففيه (الغرة)[7] كما ذكرناه، فإذا استهل صارخاً ثم مات وجبت فيه الدية كما ذكرنا في الأجنبي، وهل تغلظ [48/و] لا؟ قولان في هذه الصورة المشهور أنها مغلظة، وقال **أشهب** لا تغلظ.

الفرع التاسع: تعلم حياة الجنين بالاستهلال والبكاء والصراخ، واختلف في التثاؤب والعطاس، والحركة، والبول، والحدث حكاه القاضي **أبو الوليد**

(1) في نسخة: «خق»: (بل).
(2) المنتقى 9/ 32.
(3) المدونة الكبرى 10/ 404؛ النوادر 13/ 464؛ المنتقى 9/ 30.
(4) المنتقى 9/ 32.
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) المنتقى 9/ 33.
(7) في نسخة: «خق»: (القود).

الباجي[1]، وقسم القاضي الأجنة خمسة أقسام وهي ظاهرة أولها جنين حرة مسلمة فيه عشر دية أمه كما ذكرناه. والثاني جنين كتابية حرة من زوج مسلم، وهو كالأول سواء كان زوجها حراً، أو عبداً. والثالث: جنين الكافرة من الكافر فهو معتبر بديتها. والرابع: جنين الأمة من سيدها الحر المسلم فهو كالأول. والخامس: جنين الأمة من غير سيدها، ففيه عشر قيمة أمه. وقال **ابن وهب**: في كتاب محمد فيه ما نقصها، لأنه كعضو من أعضائها.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**فصل وتجب الكفارة في قتل الخطأ دون غيره**»: وهذا كما ذكره[2]، والدليل على وجوبها في قتل الخطأ قوله سبحانه: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: 92] الآية وهل تجب في قتل العمد أم لا جمهور العلماء على أنها مخصوصة بالخطأ[3]، وقال **الشافعي**: هي واجبة في العمد من باب الأولى والأحرى[4] وعندنا أنها أعظم من أن يكفر كيمين الغموس[5].

قوله: «**إذا كان المقتول مؤمناً حرا**»: احترازاً من الكافر والعبد، وأوجبها **الشافعي** في قتل العبد، وأوجبها غيره في قتل الكافر، والدليل التعلق بالنص، وأما العبد فإنه مال.

---

(1) المنتقى 9/ 43. قال الباجي: لا حياة لجنين إلا باستهلال، وهو الصياح، والاستهلال هو: رفع الصوت قاله أشهب عن مالك في العتبية، وفي الموازية: الاستهلال الذي ذكر في الجنين هو البكاء والصراخ، ومعنى ذلك متقارب، فإذا صاح وجب له حكم الحياة، ولم يكن تبعاً لغيره، فصلى عليه، وورث. وأما العطاش، فقال مالك: لا يكون استهلالاً، وقال ابن وهب: هو استهلال قاله عنه الشيخ أبو إسحاق، وكذلك الرضاع والتحرك، ولو بال أو أحدث لم يكن له حياة، لأن هذا من استرخاء المرسل، وليس بحياة، وقد قال بعض أصحابنا وهو حياة.

(2) بمعنى أن الكفارة تجب على القاتل خطأ بعد تسليمه الدية إلى أولياء المقتول شريطة أن يكون المقتول مؤمناً حراً.

(3) وبه قال أبو حنيفة ومالك والثوري. ينظر: الهداية 4/ 501؛ التفريع 2/ 218؛ المعونة 3/ 1354؛ الكافي ص525.

(4) مختصر المزني ص254؛ الإقناع ص168؛ روضة الطالبين 9/ 380. وبه قال الحنابلة. ينظر: المحرر 2/ 152.

(5) المعونة 3/ 1355.

قوله: «كان القتل بانفراد، أو بالاشتراك» يعني: إذا قتل جماعة رجلاً مؤمناً خطأً فعلى كل واحد منهم كفارة عندنا، وقال بعض العلماء: تجزئ عن الجميع كفارة واحدة لقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا﴾ فعم الاشتراك والانفراد وهذه الصفة عتق أو صيام[1] لا إطعام فيها، وقد تقدم الكلام في شروط الرقبة، وأن من شروطها أن تكون (مؤمنة) سليمة من العيوب ليس فيها شرك ولا عقد حرية.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«فصل: والرِّدَّةُ محبطة للعمل (بنفسها)[2] من غير وقوف على موت المرتد»** قلت: اتفق العلماء على أن الردة محبطة للعمل بنفسها، لكن اختلف الناس، والمذهب هل تبطل الأعمال بنفس الردة، وهو الذي حكاه القاضي عن المذهب أو بشرط الوفاة عليها، وفي مذهب **مالك** فيه قولان: مشهورهما ما حكاه.

فمن اعتمد على قوله تعالى: ﴿لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ﴾ [الزمر: 65] قال بالمشهور، ومن اعتمد على قوله تعالى: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ﴾ [البقرة: 217] الآية فشرط الوفاة على الكفر في إحباط العمل، وتظهر فائدة هذا الخلاف فيما تركه من الصلوات في حال كفره هل يلزمه قضاؤه إذا عاد إلى الإسلام وهل يبطل حجة وطلاقه الثلاث أم لا؟ وكل هذه المسائل قد اختلف العلماء فيها ومذهب **مالك** أنه لا يقضي ما ترك من الصلوات في حال ردته إذا عاد إلى الإسلام[3] لقوله سبحانه: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ﴾ [الأنفال: 38] الآية، وقال **الشافعي**: يقضي ذلك[4] اعتماداً على استمرار الخطاب الأول ويلزمه إعادة الحج، وحجته الأولى غير مجزئة عن حجة الفريضة لرجوعه إلى الإسلام، ويبطل طلاقه الثلاث عند **ابن القاسم**، وعند غيره لا يبطل وحكمه أن يستتاب خلافاً لقوم

---

(1) لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء: 92].

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) التفريع 2/ 231؛ المعونة 3/ 1360.

(4) المهذب 2/ 223.

من أهل العلم[1] اعتماداً على حديث عمر حين بلغه أن مرتداً قتل قبل الاستتابة، قال: اللهم إني لم أحضر، ولم آمر ولم أرض إذ بلغني[2] فإن تاب قبلت توبته» لقوله سبحانه: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم﴾ الآية ولقوله سبحانه: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى يَقْبَلُ ٱلتَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِۦ﴾ [الشورى: 25] الآية، ومن العلماء من قال: لا يستتاب ولا تقبل توبته إن تاب[3]، لقوله ﷺ: **(من بدل دينه فاقتلوه)** وهذا حكم مطلق، وهل تدخل المرأة إذا ارتد في عمومه أم لا؟ اختلف الفقهاء فيه، فقال الجمهور أنها داخلة تعلقاً بظاهر العلوم، وقال أبو حنيفة: إذا ارتدت المرأة لم تقتل اعتباراً بالأنوثة العاصمة من القتل[4] لنهيه ﷺ: **(عن قتل النساء والصبيان)** فخلاف خصوصية المحل، وإذا قيل: لم يورث لأنه كافر والمسلم لا يرث كافراً فماله فيء لجماعة المسلمين. وقال **أبو حنيفة** يورث عنه ما كسب قبل ردته[5]، وهل يكون ماله فيئا بنفس الردة، أو بعد القتل فيه خلاف مشهور أنه (يتوقف)[6] على القتل لا على الكفر، وإذا انتقل الكافر من كفر إلى كفر لم يقتل إذ ليس بمرتد شرعاً بناء على أن الكفر كله ملة واحدة عندنا[7] خلافاً **للشافعي**[8]، ولا خلاف عندنا أن الزنديق يقتل وهو الذي يظهر الإسلام ويعتقد الكفر، وكان يسمى منافقاً على عهد رسول الله ﷺ ولا تقبل توبته إذ لا يعلم صحتها[9]، وقال الشافعي: تقبل توبته

---

(1) النوادر 14/ 490.

(2) التمهيد لابن عبد البر 5/ 307؛ شرح معاني الآثار 3/ 211؛ نيل الأوطار 8/ 3.

(3) كالحسن البصري وعطاء. ينظر: عيون المجالس 5/ 1083؛ المغني 10/ 76؛ تكملة المجموع 19/ 229.

(4) مختصر الطحاوي ص259؛ مختصر القدوري 4/ 149؛ الهداية 2/ 458؛ وعندنا تقتل وبه قال الشافعي وأحمد وإسحاق. ينظر: التفريع 2/ 231؛ المعونة 3/ 1362؛ عيون المجالس 5/ 2081؛ بداية المجتهد 2/ 724؛ روضة الطالبين 10/ 75.

(5) مختصر الطحاوي ص260؛ مختصر القدوري 4/ 150.

(6) في نسخة: «خق»: (موقوف).

(7) التفريع 2/ 231؛ المعونة 3/ 1363؛ الكافي ص586.

(8) الأم 6/ 156 ـ 157؛ الإقناع ص174.

(9) التفريع 2/ 231؛ عيون المجالس 5/ 2081، وبه قال أحمد وإسحاق ورواية عن أبي حنيفة. ينظر: حاشية رد المحتار 4/ 199، 242؛ المقنع ص307؛ الإنصاف 10/ 332.

كما قبل النبي ﷺ (إسلام)[1] المنافقين[2]، وحكى **الشيخ أبو الوليد** وغيره عن **ابن عبد الحكم وأصبغ** أن الزنديق يستتاب. ثم ذكر حكم الساحر، وقد اتفق أهل السنة على أنه حق، وله حقيقة في نفسه[3] وتأثير في الأديان وأحوال النفس كالحب والبغض خلافاً لمن أنكره، وقال قوم: ليس له حقيقة[4]، وقد جاء بذكره الكتاب والسنة الصحيحة، قال الله العظيم [48/ظ]: ﴿وَمَآ أُنزِلَ عَلَى ٱلْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَٰرُوتَ وَمَٰرُوتَ﴾ [البقرة: 102] الآية إلى قوله: ﴿وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّىٰ يَقُولَآ إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ﴾ وهاروت وماروت بدل من الملكين[5] لا مضاف إلى بابل، لأن ما لا ينصرف إذا أضيف أو دخل عليه الألف واللام انجر[6] وغلط فيه الشيخ **أبو عبد الله الكناني (القابسي)**[7] الأصولي فأعربه مضافاً، وغلطه فيه **أبو الحسن بن خروف**[8] النحوي (ولم يرجع إليه، لأنه كان

---

(1) ساقطة في نسخة «خق».

(2) الأم 6/ 165؛ مختصر المزني ص259.

(3) المعونة 3/ 364.

(4) ذهب بعض أصحاب الشافعي إلى أنه لا حقيقة له، وقال أصحاب أبي حنيفة إن كان يصل إلى بدن المسحور كدخان ونحوه جاز أن يحصل منه ذلك، فأما أن يحصل المرض والموت من غير أن يصل إلى بدنه شيء فلا يجوز. ينظر: فتح القدير 4/ 408؛ المهذب 2/ 224؛ المغني 8/ 150.

(5) ذهب القرطبي إلى أن هاروت وماروت بدل من الشياطين في قوله: ﴿وَلَٰكِنَّ ٱلشَّيَٰطِينَ كَفَرُوا﴾ هذا أولى ما حملت عليه الآية من التأويل وأصح ما فيها ولا يتلفت إلى سواه... وإن قال قائل: كيف يكون اثنان بدلاً من جمع، والبدل إنما يكون على حد المبدل منه فالجواب من وجوه ثلاثة... ثم ذكرها. ينظر: جامع أحكام القرآن 2/ 50.

(6) قال ابن مالك:

وجر بالفتحة ما لا ينصرف   ما لم يضف أو يك بعد أل ردف

ينظر: الألفية بشرح ابن عقيل ص29.

(7) في نسخة: «ش»: (الفاسي).

(8) أبو الحسن علي بن محمد بن علي بن محمد الحضرمي، عالم بالعربية أندلسي من أهل إشبيلية من مؤلفاته: شرح كتاب سيبويه سماه: تنقيح الألباب في شرح غوامض الكتاب، شرح الجمل للزجاجي، توفي سنة (609هـ - 1212م). ينظر: جذوة الاقتباس ص307؛ وفيات الأعيان 1/ 343.

ضعيف البضاعة في علم العربية، وكان **ابن خروف** يقرأ عليه الإرشاد **لأبي المعالي** وهو يقرأ على **ابن خروف** النحو)[1] فجرى بينهما هذا الوضع. [سمعت ذلك من الأستاذ **أبي عبد الله بن هشام النحوي**[2] وشارح الإيضاح عفا الله عنا أجمعين]. وفي قوله: ﴿فَلَا تَكْفُرْ﴾ تأويلان، وقيل المعنى، فلا تكفر بتعليمه، وقيل: (بعلمه)[3] لا بتعليمه، وقد سحر رسول الله ﷺ **(بنات أسد ابن أعصم)**[4] فكان يخيل إليه أن فعل الشيء ولم يفعل في مشط، ومشاطه تحت رعوفه في بئر ذروان[5] خرجه **مسلم والبخاري**[6] وغيرهما من أئمة الدين[7]. وأجمع العلماء على أن الإجارة عليه حرام وعمل ما يبطله والإجارة عليه جائز، قال ابن المسيب لأنهم إنما يريدون الإصلاح قال **ابن المسيب**: فأما ما ينفع، فلم ينه عنه، وأجمع العلماء على أنه إن عمله، وقتل

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) لم أقف على ترجمة أبي عبد الله بن هشام النحوي وشارح الإيضاح، والذين اهتديت إليه في كتب التراجم هو: عبد الله بن يوسف بن أحمد بن عبد الله بن يوسف أبو عبد الله محمد جمال الدين بن هشام صاحب مغني اللبيب. ينظر: الدرر الكامنة 2/ 308.

وأحمد بن عبد الرحمن بن هشام صاحب حواشي على توضيح الألفية. ينظر: الضوء اللامع 2/ 0د2 وكلاهما عاش خلال القرن الثامن أي بعد وفاة ابن بزيزة.

ويحتمل أن تكون هذه العبارة مدرجة في الأصل، وهو الراجح عندي، لأن منهج ابن بزيزة ينافي هذا النوع من التفريع.

(3) كذا في النسختين ولعل الصواب (استعماله). ينظر: القرطبي في جامعه 2/ 55.

(4) كذا في النسختين، والثابت في كتب الحديث (لبيد بن الأعصم). ينظر: صحيح البخاري 3/ 1192.

(5) بئر ذروان: بفتح الذال المعجمة، وسكون الراء كذا يقوله رواة كتاب البخاري كافة، وهي بئر في منازل بني زريق بالمدينة، وقال الجرجاني: ورواة مسلم كافة هي: بئر ذي أروان. وقال الأصمعي: ذو أروان موضع آخر على ساعة من المدينة، وفيه بني مسجد الضرار، وقال الأصمعي: وبعضهم يخطئ فيقول بئر ذروان والذي صححه ابن قتيبة ذو أرون بالتحريك. ينظر: معجم البلدان 1/ 299.

(6) حديث: **(كان يخيل إليه)**: صحيح البخاري، باب هل يعفي عن الذمي إذا سحر، حديث (3004) 3/ 1159؛ صحيح مسلم، باب السحر، حديث (2189) 4/ 1720.

(7) سنن ابن ماجه، كتاب الطب، باب السحر، حديث (3515) 2/ 1173.

به، فإنه يقتل به، فإن عمله ولم يقتل به فهل يقتل أم لا الجمهور من العلماء على أنه يقتل بعمله سواء قتل به أم لا هذا إذا كان الساحر مظهراً للإسلام، لأن الله سبحانه سماه كفراً لاعتقاده أن ذلك من فعله، وأنه قادر عليه، ومذهب أهل الحق أن الله سبحانه هو المنفرد بالقدرة عليه، فإن كان الساحر ذمياً فهل يقتل أم لا؟ اختلفت الرواية فيه عن **مالك** فروى **ابن سحنون** عن أبيه أنه يقتل أضربه أم لا إلا أن يسلم، وقال **مالك**: لا يقتل إلا أن يدخل سحره ضرراً على المسلمين فيكون ناقضاً للعهد[1]، لأن النبي ﷺ لم يقتل أسد بن الأعصم ولا بناته. وههنا فروع:

الأول: هل يستتاب الساحر أم لا؟ المشهور رأنه لا يستتاب قاله **مالك**، وقال **ابن عبد الحكم وأصبغ**: الزنديق والساحر يستتبان، فإن تابا وإلا قتلا[2]، وبه قال **الشافعي**[3].

فرع: إذا لم يباشر السحر بنفسه، ولكنه ذهب لمن يعلمه له لم يقتل ويؤدب (أدباً شديداً)[4] نص عليه **محمد بن المواز**[5].

فرع: إذا سحر العبد والأمة سيدها وثبت ذلك عند السيد قطعاً، فقال **أصبغ** ليس لسيده قتله، ولا يلي قتله إلا السلطان، وروى أن حفصة أم المؤمنين قتلت جارية لها سحرتها[6].

فرع: إذا قتل الزنديق، أو المرتد، أو الساحر فهل على قاتلهم شيئاً أم لا؟ قال **ابن المواز**: لا شيء على قاتل الزنديق من دية ولا قصاص على عاقلة المرتد. واختلف في الدية، وقال **ابن القاسم**: عليه دية أهل الدين الذي ارتد إليه، وقال مرة أخرى في المرتد ديته دية المجوسي في العمد والخطأ. وقال

---

(1) المنتقى 9/ 102.

(2) التفريع 2/ 232؛ المعونة 3/ 364؛ المنتقى 9/ 102.

(3) مختصر المزني ص260.

(4) في نسخة: «خق»: (إذا باشر كذا).

(5) المنتقى 9/ 103.

(6) حديث حفصة: موطأ مالك، كتاب العقول، باب ما جاء في الغيلة والسحر، حديث (1562) 2/ 877؛ مصنف ابن أبي شيبة، حديث (28980) 5/ 561.

سحنون: لا دية له في عمد أو خطأ، وكذلك اختلف إذا قطع له عضو هل يكون فيه أرش أم لا؟ بناءً على قتله هل فيه الدية أم لا؟ لأنه مستحق للقتل شرعاً، وقال **محمد** أيضاً: فيمن قطع يمين سارق وخطأ لا دية عليه، وفي موضع آخر عن ابن القاسم عليه ديتها حكاه **الشيخ أبو الحسن** وغيره من الأشياخ.

فرع: إذا قتل الساحر بسحره فماله لبيت (المال)[1] ولا يصلي عليه إذا كان مجاهراً به، وإن كان مستتراً به فقال **ابن عبد الحكم، وأصبغ** إذا قتل فماله لورثته من المسلمين[2]، ولا آمرهم بالصلاة عليه فإن فعلوا فهم أعلم. (قال المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ)[3] مقتضى قتله كفراً أن ماله فيئ مطلقاً سواءً كان مستتراً أو مجاهراً والله أعلم.

ثم تكلم على حكم الفيئة الباغية وهم عصاة متأولون كمقاتلة عثمان ومقاتلة علي يوم صفين ويوم الجمل، ولا يخرجهم القتال بالتأويل إلى حد الكفر فيغسل قتلاهم، ويصلي عليهم، ولا يتبعون بما استهلكوا من (الأموال إذا تابوا، ولم يطالب أحد من المبغاة المقاتلين لعلي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في صفين بما استهلكوا من)[4] نفوس وأموال، وقد أجمع أهل الحل والعقد[5] على أن فئة معاوية بغاة ظلمة بالتأويل ثم ذكر (حكم)[6] المحارب، والأصل (فيه)[7] الكتاب والسنة، أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ [المائدة: 33] الآية واختلف في سبب نزولها، والصحيح أنها نزلت في (العرنيين) كما خرجه **البخاري**[8] **ومسلم**[9]، وقيل: نزلت في قوم من أهل

---

(1) في نسخة: «خق»: (مال المسلمين).

(2) المنتقى 9/ 102.

(3) في نسخة: «خق»: (قلت).

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) يعني العلماء.

(6) ساقطة في نسخة: «ش».

(7) في نسخة: «ش»: (في حكم المحارب).

(8) صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب لم يسم النبي ﷺ المحاربين من أهل الردة حتى هلكوا، حديث (6418) 6/ 2495.

(9) صحيح مسلم، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، حديث (1671) 3/ 1296.

الذمة نقضوا العهد، وقيل: نزلت في قاطع الطريق وقيل: نزلت في الكفار،[1] وفيها دليل على وجوب إقامة الحدود، (وعلى أنها لا تكفر الذنوب بانتفاء الطلب بها عند الله سبحانه، وهو معارض)[2] لقوله ﷺ: **(الحدود كفارة لأهلها)**[3] ولقوله ﷺ في عبادة بن الصامت: **(بايعوني على أن لا تشركوا بالله شيئاً ولا تزنوا ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق فمن وفي بذلك فأجره على الله إن شاء عذبه وإن شاء عفا عنه فبايعناه على ذلك)**[4].

وقد اختلف العلماء في المفهوم من هذه الآية في مسائل [49/و]:

الأول: هل هذه الحدود على الترتيب أو على التخيير في مذهب **مالك** في ذلك قولان[5] أحدهما أن ذلك على التخيير رواه **سحنون** عن **ابن القاسم** عن **مالك** وصرف ذلك إلى اجتهاد الإمام ونظره، وعليه جمهور العلماء ما لم يقتل فإن قتل فلا خلاف أنه يقتل لا خيار للإمام في غيره حكاه **الشيخ أبو الحسن اللخمي** عن المذهب، والثاني أنه على الترتيب، فلا يقتل من لم يقتل ولا يصلب ولا يقطع فإن قتل ولم يأخذ المال قتل ولم يقطع ولم يصلب، وإن أخذ المال ولم يقتل قطع، والذي يقتضيه كلام العرب أن الإمام مخير لأنه مقتضى «أو» ويجوز أن تكون للتنويع، وبه تعلق **الشافعي**[6] رضي الله عنه وكان من أئمة اللسان.

المسألة الثانية: الحدود المنصوص عليها في الآية أربعة بمقتضى النص

---

(1) أحكام القرآن للجصاص 4/ 51؛ جامع أحكام القرآن للقرطبي 6/ 149؛ أحكام القرآن للشافعي 1/ 313؛ زاد المسير 2/ 343.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) حديث: **(الحدود كفارة لأهلها)**: سنن الترمذي، كتاب الحدود، باب ما جاء أن الحدود كفارة لأهلها، حديث (1439) 4/ 45.

(4) حديث: **(بايعوني على أن لا تشركوا بالله شيئاً)**: صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب الحدود كفارة، حديث (6402) 6/ 2490؛ سنن النسائي، كتاب البيعة، باب ثواب من وفي بما بايع عليه، حديث (4210) 7/ 161.

(5) النوادر 14/ 462؛ المنتقى 9/ 207.

(6) الأم 6/ 152؛ أحكام القرآن للشافعي 1/ 313؛ مختصر المزني ص265، وبه قال أبو حنيفة. ينظر: مختصر الطحاوي ص275.

وعجباً لمن أسقط منها ما هو منها، وزاد فيها ما ليس منها، وهل هذا إلا إحادث شرع ولا يجوز إلا للمعصوم[(1)].

الحد الأول: القتل، وحقيقته واحدة، فإن قيل: ما معنى المبالغة فيه، قلت: هو نظير ما ذكره سيبويه وحكاه عن العرب: أنهم يقولون: إبل مغلطة، ولا يقولون بعير مغلط، والغلاط وشم في النعق، وهو تكثير بحسب المال لا بحسب الصفة في نفسها، ولذلك لا يقولون في الواحد مغلط.

والثاني: الصلب، وقد اختلف (الفقهاء)[(2)] في معناه فروى (أشهب)[(3)] أنه يصلب حياً، ثم يترك حتى يموت جوعاً، ومن العلماء من فسره بأنه يصلب بعد القتل، ومنهم من فسره بأنه يصلب، ثم يطعن بالرمح طعناً فهل يصلب وهو حي أو ميت فيه من الخلاف ما ذكرناه، فرواية **ابن القاسم وابن حبيب** عن **مالك** أنه يصلب حياً، ثم يقتله بطعنة، ورواية غيره أنه يصلبه بعد قتله في الأرض[(4)]، وبه قال **الشافعي**[(5)].

واختلف المذهب إذا صلب فروى **ابن حبيب** عن **ابن الماجشون** أنه يتركه على الخشبة حتى تفنى الخشبة، ويأكله الكلاب، ولا يمكن أهله من إنزاله ردعاً وتهديداً. وقال **أصبغ** وغيره: (ينزله)[(6)] ويصلى عليه، ويدفن **(قال سحنون)**[(7)]: إذا صلبه الإمام أنزل من تلك الساعة، ودفع إلى أوليائه فيغسلوه ويصلوا عليه[(8)].

---

(1) لعله يقصد الحنفية والشافعية. ينظر: مختصر الطحاوي ص275؛ الأم 6/ 152.

(2) في نسخة: «خق»: (العلماء).

(3) في نسخة: «ش»: زيادة(أشهب) وما أثبته من «خق» هو الصواب، لأنه ما نسب لأشهب في نسخة: «ش» ليس بصحيح فقها بل هو من قول ابن الماجشون، أما أشهب فيرى أنه يقتل أولاً ثم يصلب. ينظر: المقدمات 3/ 233؛ بداية المجتهد 2/ 720.

(4) المنتقى 9/ 208.

(5) الأم 6/ 151 ـ 152؛ مختصر المزني ص265؛ الإقناع ص173.

(6) في نسخة: «خق»: (لأهله وغيرهم إنزاله).

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

(8) المقدمات 3/ 233؛ المنتقى 9/ 209.

فرع: إذا بنينا على أنه ينزل (لأهله)[1] من الخشبة ليغسلوه ويصلوا عليه (فيفعلوا ذلك)[2] ورأى الإمام إعادته إلى الخشبة، فقال **سحنون** للإمام: أن يعيده إلى الخشبة، وروى عنه **ابنه محمد** أنه لا يُعاد إليها بعد الصلاة عليه وبه أجابني حين سألته عن ذلك[3]، ولو حبسه الإمام ليقتله فمات في السجن أو قتل فهل يصلب أم لا؟ الرواية أنه إن مات في السجن حتف أنفه فإنه لا يصلب، وإن قتل فيه أو قتله الإمام فليصلبه.

الحد الثالث: تقطيع الأيدي والأرجل من خلاف، وعندنا أن للإمام القطع سواء أخذ نصاباً، أو أقل من ذلك، لأن ما لا يعتبر فيه الحرز لا يعتبر فيه النصاب. وقال **الشافعي**: لا تقطع يد المحارب فيما دون النصاب[4] وههنا فروع:

الأول: القطع من الكوعين والكعبين كالقطع في السرقة، واختلفوا هل يتأتى القطع على الكوعين والكعبين، أم لا؟ قولان.

والثاني: إذا كان مقطوع اليمنى، أو كانت شلاء. فقال **ابن القاسم**: تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى. وقال **أشهب**: تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى. ومبنها على تحقيق المخالفة، **فابن القاسم** حققها حساً، **وأشهب** أثبتها معنى[5]، لأن اليد اليسرى هي منه اليمنى في المعنى لقيام المنافع.

الحد الرابع: النفي من الأرض، وهو رابع الحدود الثلاثة بمقتضى القرآن، وعجباً ممن أسقطه ولم يره في الآية حداً، وإنما رآه حالاً للمحارب لا حكماً له، حكاه **القاضي أبو الوليد الباجي** وغيره عن **ابن الماجشون** وغيره.

قال القاضي **أبو الوليد**: قال **ابن الماجشون**: ليس عندنا النفي الذي

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) ساقطة في نسخة: «ش».
(3) المنتقى 9/ 209.
(4) الأم 6/ 152.
(5) المقدمات 3/ 234؛ بداية المجتهد 2/ 720.

ذكره الله ﷻ أن ينفى من قرية إلى قرية فيسجن بها، ونما قول الله تعالى: ﴿أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِۚ﴾ معناه: أن يطلبوا فيختفوا وأنتم تطلوبهم لتقام عليهم العقوبة، فإذا ظفر بهم فلا بدّ من أحد العقوبات الثلاث: القتل، أو الصلب، أو القطع هو في ذلك مخير. قال (وهكذا قال)[1] **المغيرة وابن دينار**، قال **ابن حبيب**: وقاله **(ابن شهاب)**[2] وبه أقول. قال **القاضي أبو محمد**، وبه قال **الشافعي** قال **الشيخ أبو الحسن**: قال **ابن الماجشون**: هو الطلب لهم فيكون فرارهم واختفاؤهم ممن يطلبهم هو نفيهم[3].

قال المصنّف عفا الله عنه: وهذا الكلام بعيد عن التحقيق وخارج عن كلام العرب، والمقطوع بصحته من اللسان أن النفي حد معطوف على الحدود الثلاثة التي قبله. وههنا فروع:

الأول: الصحيح من مقتضى اللسان أن النفي حدّ معطوف على الثلاثة الحدود وهو إخراجهم من بلدهم وحبسهم في البلد الذي يغربون إليه حتى تظهر توبتهم. قال **أصبغ**: ويكتب إلى عامل البلد الذي غرب إليه بذلك ولا نفي على العبيد لحق السادات[4]، وقال **مالك** مرة: النفي أن يضربه ويطيل سجنه، ولا يخرجه (وقال: النفي حبسه ببلده حتى تظهر توبته[5] [49/ظ] وهو قول **أبي حنيفة**[6]، والقول الأول أسعد)[7] بظاهر القرآن. قال المؤلف عفا الله عنه: هذه الحدود الأربعة في المحاربين هي التي ذكر الله سبحانه، فمن أسقط النفي فقد أبطل النص، ومن زاد عليها الضرب فقد استدرك على الله سبحانه: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ [مريم: 64]. وروى **مطرف** عن **مالك** إذا استحق المحارب عند الإمام النفي فجلده، قال غيره: يسجنه ببلده حتى تظهر توبته.

---

(1) في نسخة: «خق»: (مالك) كذا.

(2) كذا في لنسختين والصواب **(أشهب)**. ينظر: المنتقى 9/ 211.

(3) المنتقى 9/ 211.

(4) النوادر 14/ 465؛ المنتقى **9/ 210 ـ 211.**

(5) بداية المجتهد 2/ 720.

(6) مختصر الطحاوي ص275.

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

قال **أشهب**: وإن جلده مع النفي لضعيف، ولو قاله قائل: لم أعبه. قال **ابن القاسم**: يأخذ بأيسر ذلك وهو الجلد والنفي. قال **ابن القاسم**: وليس بجلده حدّ إلا الاجتهاد من الإمام فمقتضى هذه الرواية إثبات الجلد حدّاً خامساً[1]، والآية لا تقتضيه البتة.

فرع: اختلف المذهب في المرأة إذا حاربت. والصحيح أن حدّها القطع، أو القتل من غير صلب، لأنها عورة، واختلف في نفيها، فإن قلنا: إن النفي السجن (نفيت)[2]، وإن قلنا: إنه التغريب سقط إلا مع الولي أو الجماعة المأمونة.

تنبيه: إذا رأى الإمام أن يسلم المحارب إلى أولياء مقتوله فعفوا عنه. قال **أشهب**: ينقض ذلك ويقتل ولا عفو لهم فيه. وقال **ابن القاسم**: هو حكم قد نفذ فالعفو ماض ولا ينقض عليهم، ولا سبيل إلى قتله[3]، والأول أصح.

قوله: «**ويسقط عنه ـ إن جاء تائباً قبل القدرة عليه ـ (حقوق)[4] الله تعالى ويؤخذ بحقوق الآدميين**» وهو كما ذكره لقوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا۟ عَلَيْهِمْ ۖ فَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٣٤﴾﴾ [المائدة: 34]. وفي العتبية عن **أشهب**: إذا تاب المحارب وقد كان زنى أو سرق، وفي حرابته لم يوضع ذلك عنه، وإنما تسقط عنه حدود الحرابة دون سائر الحدود، وصفة توبة المحارب أن يختلف إلى المسجد ويعرف جيرانه ذلك منه، ويظهر منه (فعل)[5] الخير والندم على ما فات وإن لم يأت السلطان. قال **ابن وهب وابن عبد الحكم**: توبة المحارب أن يأتي السلطان تائباً مقبلاً بقلبه إلى الله ﷻ. قال **ابن الماجشون**: إن لم تكن توبته إلا أن يأتي السلطان، ويقول له: جئتك تائباً لم ينفعه ذلك حتى تعرف توبته قبل مجيئه[6].

---

(1) المنتقى 9/ 210.
(2) في نسخة: «خق»: (بقيت) والصواب ما أثبته من نسخة: «ش».
(3) المنتقى 9/ 211.
(4) في نسخة: «ش»: (حق).
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) المنتقى 9/ 212 ـ 213؛ المقدمات 3/ 235.

قوله: «ولا يراعى تكافؤ الدماء فيها» وهذا كما ذكره، لأنه ليس قتل قصاص[1]، واعتبر **الشافعي** تكافؤ الدماء، ثم ذكر صفة المحارب، وسوّى بين المحارب في المصر والبدو وهو صريح مذهب **مالك**[2] رَحِمَهُ اللَّهُ. وقال **أبو حنيفة**: لا يكون محارباً إلا في الصحراء والبرية النائية عن البلد. وبه قال **ابن الماجشون** قال **عبد الملك**: لا يكونوا محاربين في القرية يريد بذلك القرية كلها، والدليل لنا ظاهر الآية. ومقتضاها العموم في المدينة والصحراء.

قوله: «ولا عفو في الحرابة لولي الدم» قد قدمنا الخلاف فيه، والصحيح كما ذكره القاضي، لأنه حق الله سبحانه ولمن طلبه أن يدافعه، وإن قتل اللص فشر قتيل وإن قتل المطلوب فخير قتيل لقوله ﷺ: **(من قتل دون ماله فهو شهيد)**[3]. قال **أشهب**: جهاد اللصوص جهاد من أفضل الجهاد[4]، قال **مالك** في أعراب قطعوا الطريق جهادهم أفضل من جهاد الروم[5].

واختلف المذهب في فرعين من هذا الباب:

الأول: هل يناشد المطلوب اللص الله تعالى أم لا؟ فعن **مالك** أنه يناشده الله ثلاثاً، فإن عاجله قتله، قال: يدعوه ليبادر إلى قتله، لأنه قد استحق حكم الحرابة لخروجه.

الفرع الثاني: إذا طلب اللص الشيء اليسير من المال، هل يعطى أم لا؟

---

(1) التفريع 2/ 232؛ المعونة 3/ 1366؛ المنتقى 9/ 212.

(2) الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2/ 208.

(3) حديث: **(من قتل دون ماله فهو شهيد)**: صحيح البخاري، كتاب المظالم، باب من قاتل دون ماله، حديث (2348) 2/ 877؛ صحيح مسلم، كتاب الأيمان، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره. . .، حديث (140) 1/ 124؛ سنن الترمذي، كتاب الديات، باب ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد، حديث (1418) 4/ 281؛ سنن أبي داود، كتاب الديات، باب في قتال اللصوص، حديث (4771) 4/ 246؛ سنن النسائي، كتاب تحريم الدم، باب من قتل دون ماله، حديث (4084) 7/ 114؛ سنن ابن ماجه، كتاب الحدود، باب من قتل دون ماله فهو شهيد، حديث (2580) 2/ 861.

(4) المنتقى 9/ 205.

(5) النوادر 14/ 472؛ المنتقى 9/ 205.

المشهور أنه يعطاه، ولا يقاتل. وفي العتبية وغيرها: لا يعطى اللص شيئاً، وإن قلّ وليقاتل[1] فذلك أقطع لطمعهم، واختلف في فروع تتعلق بالمحارب.

الأول: ليس للإمام أن يؤمن المحارب إذا طلب الأمان بخلاف المشرك، لأن المشرك يقرّ على دينه، والمحارب فإنه لا يقرّ على حرابته، فإن أمنه الإمام فنزل على حكم الأمان، وقد كان امتنع من النزول قتله. قال **ابن المواز**: اختلف في ذلك فقيل: يتم له الأمان، وقيل: لا يتم له ذلك، ويؤخذ بحقوق الله سبحانه وسواء أمّنه السلطان أو غيره[2].

الفرع الثاني: لو أن محاربين أخذوا مالاً واقتسموه فتاب أحدهم، وقد كان في حين حرابته أخذ حظ من المال فهل يغرم التائب جميع المال، لأن بعضهم تَقَوَّى ببعض أو إنما يغرم منه ما أخذ فقط قولان وبالأول قال ابن القاسم، وبالثاني قال **ابن عبد الحكم**[3] وهو الصحيح.

الفرع الثالث: ما وجد بأيدي اللصوص فادعوا أنه لهم فهو لهم حتى يقيم مدعيه البيّنة؛ قاله **أشهب**[4].

الفرع الرابع: إذا طالب اللص ففرّ من الطلب فهل يتبع أم لا؟ قال **أصبغ** عن **ابن القاسم**: إن كان قتل أحداً فليتبع، وإن لم يقتل أحداً فما أحب أن يتبع وفرارهم كالتوبة. قال **سحنون**: يتبعون ولو بلغوا (نكس)[5] العماد.

الفرع الخامس: إذا ارتد المحارب ولحق بدار الكفر (يقاتلنا)[6] معهم، ثم أسر استتابه الإمام، فإن تاب سقط عنه القتل بالردة، وأخذه بأحكام الحرابة في حقوق الله وحقوق الآدميين.

الفرع السادس: قال **مالك** في الذين يسقون الناس السيكران هم

---

(1) المنتقى 9/ 205.

(2) المنتقى 9/ 205؛ المقدمات 3/ 236.

(3) المنتقى 9/ 213.

(4) المنتقى 9/ 214.

(5) كذا في نسخة: «ش» وفي نسخة: «خق»: (برد)، وكلا اللفظين لا يستقيم.

(6) في نسخة: «خق»: (فقاتلنا).

محاربون، وقال فيمن لقى رجلاً فسأله (طعاماً)[1] فأبى فكتفه، وأخذ منه طعامه وثيابه يشبه المحارب يضرب وينفي، وكذلك من غتال رجلاً أو صبياً فأدخله بيته فقتله، وأخذ منه متاعاً فهو محارب.

قوله: [50/و] «**وللرجل أن يدفع عن نفسه ما يصول عليه من إنسان أو بهيمة**» وهذا كما ذكره، لقوله سبحانه: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: 195].

قوله: «**ولا ضمان عليه فيما يؤول إليه أمره**»: قلت: لأنه متصرف بالإذن، واختلف المذهب في المعضوض (إذا خرج إصبعه فكسر إحدى ثنيتي العاض وفيه قولان: أحدهما: ما قضى به ﷺ حيث قال: لا شيء على المعضوض)[2][3] لتعدي العاض بالعض، وأن المعضوض مأذون له في الدفع عن نفسه فلا شيء عليه، وإن آل دفعه عن نفسه إلى قتل العاض، وروى أن امرأة خرجت تحتطب فأتبعها رجل فراودها عن نفسها فرمته بحجر فقتلته فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فقال: قتيل الله وأمته لا تؤدى أبداً وأهدر دمه[4].

ثم ذكر في خطأ الطبيب الحاذق روايتان: إحداهما: أنه مضمون لأنه كالقتل خطأ، والثاني: أنه لا يضمن لأنه تولد عن فعل مباح، وقد تقرر الخلاف في الاجتهاد هل يرفع الخطأ أم لا؟ وكذلك الخاتن والمؤدب إذا لم يجاوز الأدب المأذون فيه، فما كان من هذه الجنايات دون الثلث فعلى الجاني، وما زاد فعلى العاقلة، وتضمين حافر البئر إذا كان متعدياً، وممسك الكلب العقور، وموقف الدابة حيث لا يجوز له إيقافها ظاهر من باب أن فاعل السبب كفاعل المسبب، ويضمن أهل المواشي ما أفسدته بالليل دون النهار اعتماداً على قضاء النبي ﷺ: (**وذلك أن ناقة للبراء دخلت حائطاً فأفسدته**

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».

(2) حديث: (**لا شيء على المعضوض**): صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب غزوة تبوك وهي غزوة العسرة، حديث (4155) 4/ 1603؛ صحيح مسلم، كتاب النذر، باب المائل، حديث (1674) 3/ 1301.

(3) ساقطة في نسخة: «ش».

(4) التمهيد لابن عبد البر 21/ 257؛ مصنف ابن أبي شيبة 5/ 439؛ مصنف عبد الرزاق 9/ 435؛ سنن البيهقي الكبرى 8/ 94.

فرفع ذلك إلى النبي ﷺ[1] فقضى على أرباب الأموال حفظها بالنهار، وعلى أرباب المواشي حفظها بالليل[2]. والله الموفق بفضله.

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) حديث: **(أن ناقة للبراء دخلت حائطاً...)**: سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب المواشي تفسد زرع قرع، حديث (3569) 3/ 298؛ موطأ مالك، كتاب الأقضية، باب القضاء في الضواري والحريسة، حديث (1435) 2/ 747.

كتاب الحدود[1]

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**الزنا موجب للحد**» إلى آخر الفصل.

شرح: الزنا شرعاً هو: إيلاج الذكر في فرج آدمية إيلاجاً محرماً بالأصل»[2] احترازاً من الإيلاج في فرج الحائض فإنه محرم بالسبب العارض، وقد ثبت بالتواتر من دين النبي ﷺ تحريم الزنا بقواطع الكتاب، وصحيح الأخبار، وإجماع الخاص من الأمة والعام، والحد فيه مشروع قولاً وعملاً قال الله سبحانه: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: 2] وقال تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى ٱلْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلْمَوْتُ﴾ الآية [النساء: 15] (وقد قال رسول الله ﷺ عند نزول هذه الآية: خذوا عني (فقد جعل الله لهن سبيلاً)[3] فالبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مئة والرجم[4] وقد رجم رسول الله ﷺ ماعز، والعامرية والعسيف واليهودي واليهودية لما تحاكما إليه فقال لهم: ما تجدون في التوراة فحرفوا وجحدوا الحق على عوائدهم

(1) الحدود: لغة جمع الحد وهو الحاجز بين شيئين، ويطلق على الدفع والمنع وطرف الشيء، وفي الاصطلاح عقوبة مقدرة وجبت لله عَزَّ وَجَلَّ وضعت لمنع الجاني من العودة لفعل مثله وزجر غيره. ينظر: معجم مقاييس اللغة 2/ 3؛ لسان العرب 3/ 172؛ أنيس الفقهاء ص173؛ الفواكه الدواني 2/ 193.

(2) وحده ابن عرفة بأنه: مغيب حشفة آدمي في فرج آخر دون شبهة حله عمداً. ينظر: الحدود 2/ 636.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) حديث: **(خذوا عني فقد جعل الله لهم سبيلاً)**: صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنا، حديث (1690) 3/ 1316؛ سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب في الرجم، حديث (4415) 4/ 144؛ سنن ابن ماجه، كتاب الحدود، باب حد الزنا، حديث (2550) 2/ 852.

المعلومة فأقام ﷺ عليهما الحد[1]. وإن لم يرض الزانيان بذلك، وهذا حجة على من يقول: إن (الأساقف)[2] من أهل الذمة إذا تحاكموا إلينا في ذلك فإنه لا يحكم (بينهم)[3][4] حتى يرضى الزانيان وقع ذلك من رواية **عيسى** عن **ابن القاسم** في (المدنية)[5] وغيرها والصحيح أنهم إذا تحاكموا إلينا، فالإمام مخير عملاً بمقتضى قوله تعالى: ﴿فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡۖ﴾ [المائدة: 42] فإن اختار الحكم حكم بينهم رضي الزانيان أو كرها إذا رضي أساقفهم وعلماؤهم بحكم المسلمين[6].

قوله: «والحد (في الزنا)[7] نوعان: جلد ورجم»: هذا (رد على)[8] من لا عبرة به ممن أنكر الرجم[9]، كيف وقد أقامه رسول الله ﷺ المبلغ عن الله ﷻ.

قوله: «والجلد (نوعان)[10] منفرد بنفسه ومضموم إليه غيره»: إشارة إلى التغريب ونوعه أيضاً إلى تمام ونقصان إشارة إلى حدّ الحر والعبد، وحد المحصن[11] الرجم حتى يموت ولا يجلد قبله، وهذا تنبيه على خلاف علي بن أبي طالب رضي الله عنه، ومن قال بقوله من الصحابة، فقد صح عن علي رضي الله عنه أنه جلد شراحة الهمدانية ورجمها، جلدها يوم الخميس، ورجمها يوم الجمعة،

---

(1) حديث: **(ما تجدون في التوراة)**: صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنا، حديث (1699) 3/ 1326.

(2) في نسخة: «خق»: (الأربعة).

(3) في نسخة: «خق»: (عليهم).

(4) قال القرطبي: والمخالف لا يلتفت إلى الأساقفة، قال ابن العربي: وهو الأصح. ينظر: جامع أحكام القرآن 6/ 179.

(5) كذا في النسختين، وفي المنتقى للباجي (المزنية) 9/ 132.

(6) جامع أحكام القرآن 6/ 184.

(7) في نسختي: «ق» و«غ»: (فيه).

(8) في نسخة: «خق»: (خلاف).

(9) بداية المجتهد 2/ 684.

(10) في نسختي: «ق» و«غ»: (ضربان).

(11) المحصن: من سبق له الوطء بنكاح صحيح مستجمع لشروطه.

وقال: جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنّة رسول الله ﷺ[1]، وقال به من الفقهاء عدد كثير **كالحسن البصري وأحمد وإسحاق وداود** وغيرهم واعتمد الجمهور على أنه ﷺ: (**رجم ماعز والغامدية والعسيف واليهود ولم يجلدهم**)[2].

ثم ذكر أن شروط الإحصان ستة[3]:

الشرط الأول: البلوغ، وهذا كما ذكره لقوله ﷺ: (**رفع القلم عن ثلاث، فذكر الصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق**) ولا خلاف بين المسلمين أن الاحتلام والحيض والسن علامات (على)[4] البلوغ واختلفت الرواية إذا أنبت ولم يحتلم فقال **مالك**: يحد وإن يحتلم إذا أنبت، واستحب **ابن القاسم** أن لا يحد[5]، واحتج **مالك** بأنه ﷺ (**أمر بقتل من جرت عليه المواسي**)[6] وقتل من بني قريظة المقاتلة، وسبَى الذرية، وقتل من الصبيان ما أنبت، أعطى له حكم الرجال.

وتحصيل القول في هذا الشرط: أنهما إن كانا كبيرين فلا إشكال في وجوب الحد بشروطه، وإن كانا صغيرين فلا حدّ عليهم، وإن زنا صغير ببالغة

---

(1) مختصر اختلاف الفقهاء 3/ 281؛ نيل الأوطار 7/ 254.

(2) قال ابن عبد البر: لا جلد على المحصن وإنما عليه الرجم فقط، وممن قال ذلك مالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهم والثوري والأوزاعي والليث بن سعد والحسن بن صالح، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، والطبري كل هؤلاء يقولون لا يجتمع جلد ورجم، وقال الحسن البصري، وإسحاق بن راهويه وداود بن علي الزاني المحصن يجلد، ثم يرجم، وحجتهم عموم الآية في الزنا بقوله: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ فعم الزناة ولم يخص محصناً. ينظر: التمهيد 9/ 79.

(3) وقد جمعها بعض الأشياخ نظماً فقال:

شروط الإحصان بست أنت	فخذها عن النص مستفهماً
بلوغ وعقل وحرية	ورابعها كونه مسلماً
وعقد صحيح ووطء مباح	متى اختل شرط فلن يرجما

ينظر: شرح الرصاع على الحدود 2/ 641.

(4) ساقطة في نسخة: «ق».

(5) التفريع 2/ 223.

(6) المدونة 3/ 9.

كبيرة عوقبا ولم يحدّا، وإن زنا كبير بصغيرة لم تستطع الرجل (عوقب فإن كانت تستطيع الرجال فهو زنا وعليها الحد، قال الشيخ **أبو الوليد**: ولو أصاب صغيرة لا تستطيع الرجال)[1] وجب عليه الحد[2]. قال **ابن القاسم**: وإن كانت (بنت)[3] خمس سنين. وقال **أشهب** وابن عبد الحكم: لا يحد.

واختلف المذهب إن زنا ببهيمة ففي كتاب الرضاع [50/ظ] عن **مالك** أنه يحد، لأن وطأها حرام، وقال **ابن شعبان**: لا يحد[4].

الشرط الثاني: من شروط الإحصان العقل، واشتراطه ثابت، لأن المجنون غير مكلف إجماعاً.

الشرط الثالث: الإسلام ولم يشترطه **الشافعي**[5] قال **مالك**: ولا حدّ على النصراني إذا زنا[6] ويعاقب إذا أعلن ذلك، وقال المغيرة: يحد حد البكر، لأنه غير محصن، وقد ذكرنا أنه ﷺ رجم اليهوديين عملاً على حكم التوراة، لأن الرجم ثابت فيها فحكم ﷺ عليهما لما رضي الأسقاف بحكمه الذي هو حكم التوراة، وإنما شرطنا الإسلام في الإحصان، لأن (الإحصان)[7] مشروع لفضيلة المحصن على البكر، ولا فضيلة مع الكفر، ولأن أنكحة الكفار فاسدة فلا يتصور منهم الإحصان، وكذلك الحرية لأن حد العبد على الشطر، والرجم لا يتشطر، وهو الشرط الربع.

الشرط الخامس: التزويج الصحيح احترازاً من النكاح الفاسد، لأن النكاح الفاسد لا يتناوله اسم الإحصان شرعاً، وقد انعقد الإجماع على أن الإحصان لا يحصل بنفس العقد (إذ لا يحصل بنفس العقد)[8] العفاف وقد قال ﷺ: (**الثيب**

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».

(2) المعونة 3/ 1373، خلافاً لأبي حنيفة. ينظر: الطحاوي ص262؛ مختصر القدوري 3/ 187.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) التفريع 2/ 225؛ عيون المجالس 5/ 2098؛ المعونة 3/ 1400.

(5) الإقناع ص168؛ المهذب 2/ 267.

(6) المدونة 16/ 211؛ المعونة 3/ 1376.

(7) في نسخة: «خق»: (الإسلام).

(8) ساقطة في نسخة: «خق».

بالثيب جلد مائة والرجم) والثيوبة (تقتضي)[1] الوطء لا بنفس العقد.

قوله: «(وليس)[2] من شرطه أن يجتمع الإحصان من الطرفين» وهذا كما ذكره لأنه شرط في محله، فحيث وجد، ترتب عليه حكمه فلا يشترط في إحصان، أحدهما: إحصان، الآخر: عندنا[3] خلافاً **لأبي حنيفة**[4] ولو زنا مجنون بعاقلة، أو عاقل بمجنونة حدّ العاقل منهما[5]، وكذلك الكافر يزني بكافرة فالحد على المسلم منهما، وهو نقض للعهد فيقتل، لأن الكافر إذا نقض العهد قتل. واختلف المذهب إذا زنى مسلم بكافرة في دار الحرب هل يقام عليه الحد وهو الصحيح أم لا؟ خوفاً من الارتداد واللحوق ببلد الكفر قولان عندنا والمشهور ما ذكرناه[6].

قوله: «وأما الجلد الكامل وهو مائة جلدة» بانفرادها **«فحد الزاني البكر»**: وهذا النوع جر على مقتضى المذهب في التنويع، وقد اختلف الفقهاء في تغريب الزاني على ثلاثة مذاهب. أنكره **أبو حنيفة** مطلقاً، لأنه زيادة على النص، وهو عنده نسخ، ونسخ القرآن بخبر الواحد باطل، فالزيادة باطلة[7]، وأثبته **الشافعي** مطلقاً حتى في العبد والمرأة[8] وخصّه مالك في الحر الذكر تغليباً لحق السيد، ومراعاة لنقص المرأة، إذ لا تسافر شرعاً إلا ومعها ذو محرم، وتكليف ذي محرمها ذلك إضرار به[9]، وفي كتاب **ابن المواز**: أن عمر بن الخطاب غرب امرأة إلى مصر، وفي الموطأ أنه غرب عبداً[10]. ونفى

---

(1) في نسخة: «ش»: (تعطي) وما أثبته من نسخة: «خق» هو الصواب.
(2) في نسخة: «خق»: (وأما).
(3) المعونة 3/ 1378.
(4) مختصر الطحاوي ص262؛ مختصر القدوري 3/ 187.
(5) القوانين الفقهية ص232.
(6) المعونة 3/ 1395.
(7) مختصر الطحاوي ص262؛ مختصر القدوري 3/ 187؛ الهداية 2/ 386.
(8) الأم 6/ 124؛ الإقناع 168؛ روضة الطالبين 10/ 87؛ وبه قال الحنابلة. ينظر: الإنصاف 10/ 135.
(9) المعونة 3/ 1380؛ المنتقى 9/ 141؛ المقدمات 3/ 252؛ بداية المجتهد 2/ 686.
(10) الموطأ، كتاب الحدود، باب جامع ما جاء في حد الزنا، حديث (1511) 2/ 827.

عمر بن عبد العزيز محارباً من مصر إلى شعب، وأمر أن يعقد في أعناقهم الحديد. ونفى عمر بن الخطاب من المدينة إلى البصرة وإلى فدك وغير ذلك، فقال **ابن القاسم**: وأسوان عندنا، ودونها منتفى إذا حبس فيها[1]، ونص القاضي على أنه إذا غرب حبس في البلد الذي يغرب إليه سنة، وهو كما ذكره، واختار بعض شيوخ المذهب أن يضيق عليه إذا سجن، وأن لا يدخل عليه أهله إلا غباً[2]، نصوا على هذا في المحارب، والزاني عندي مثله بجامع حكم الردع.

ثم ذكر القاضي أن حدّ العبد والأمة خمسون على الشطر من حدّ الحر لقوله سبحانه: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: 25] هذا نصّ في (الإماء)[3] والذكور من العبيد كالأيامى لاجتماعهما في النص بالرق الذي هو موجب للتشطير.

قال القاضي رحمه الله: **«والأسباب التي بها يثبت الزنا ثلاثة»** إلى قوله: **«ولا حدّ على الزاني بجارية ابنه»**.

شرح: الأسباب المتفق عليها شيئان: الإقرار، والبينة (وظهور الحمل)[4][5]، فأما ظهور الحمل فقد خالف فيه **أبو حنيفة والشافعي**، والصحيح أن ظهور الحمل من حرة غير طارئة لا يعلم لها نكاح، أو أمة لا يعلم لها زوج وسيدها منكر لوطئها كالاعتراف. قال **محمد**: وأجرى عمر بن الخطاب الحمل إذا لم يعلم أنه من نكاح أو ملك مجرى البيّنة أو الاعتراف ونحوه، عن عثمان وعلي وابن عباس وغيرهم، وقد رآى بعض شيوخنا أنه إجماع سكوتي، إذ لا مخالفة لهؤلاء من الصحابة. قال عمر بن الخطاب: الرجم في كتاب الله على من زنى حق إذا كانت البيّنة أو الاعتراف أو

---

(1) المنتقى 9/ 142.

(2) غباً: يقال غب الرجل إذا جاء بعد أيام، وفي الأثر: زر غباً تزدد حباً. ينظر: النهاية 3/ 336.

(3) في نسخة: «ش»: (المة).

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) التفريع 2/ 222؛ المعونة 3/ 1383.

الحمل[1]، ويكتفى من الإقرار (بالمرة الواحدة إذا أقام على ذلك، ولم يرجع عنه[2]، واشترط **أبو حنيفة** وأصحابه تعدد الإقرار)[3] أربع مرات في أربعة مجالس[4] أخذاً بظاهر حديث ماعز، والغامدية، ويعارضه قوله ﷺ في حديث العسيف: **(واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها)**[5] ولم يشترط عدداً فهذا يبيّن أنه ﷺ: (إنما أراد الستر على ماعز وعلى الغامدية، ولم يعتبر تعدد الإقرارات وكثرتها، فإن رجع عن إقراره إما أن يرجع إلى شبهة فلا خلاف في قبول رجوعه، وإما أن يرجع إلى شبهة ففيه قولان: المشهور[6] أن رجوعه ههنا مقبول أيضاً وهو مذهب المدونة. وروى **أشهب وعبد الملك** عن **مالك** أنه لا يقبل رجوعه إلا لأمر يعذر به وهو قول **أبي حنيفة**[7] **والشافعي**[8]. قال **محمد بن المواز**: إذا رجع إلى وجه مثل أن يقول: وطئت امرأتي حائضاً فظننت أنه زنى فذلك عذر، وكذلك إذا قال: وطئت في نكاح فاسد أو أدخلت على غير امرأتي فوطئتها [51/و] وأنا لا أعلم، أو رأيت امرأة على فراشي فظننت أنها امرأتي فوطئتها، أو وطئت جارية مشرعة ونحو ذلك مما يذهب على العامة، فإنه يعذر بذلك كله، لأنه شبهة ظاهرة (مقبولة درءاً للحد)[9]، وقد

---

(1) مختصر المختصر لأبي المحاسن 2/ 129.

(2) المعونة 3/ 1383؛ المنتقى 9/ 136؛ بداية المجتهد 2/ 690.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) مختصر الطحاوي ص263؛ مختصر القدوري 3/ 182.

(5) حديث: **(اغد يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها)**: صحيح البخاري، كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود، حديث (2190) 2/ 813؛ صحيح مسلم، كتب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، حديث (1697) 3/ 1325؛ سنن الترمذي، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحد عن المعترف إذا رجع، حديث (1429) 4/ 36؛ سنن النسائي، كتاب آداب القضاة، باب صون النساء عن مجلس الحكم، حديث (5411)؛ سنن ابن ماجه، كتاب الحدود، باب حد الزنا، حديث (2549) 2/ 852.

(6) التمهيد 5/ 326؛ كفاية الطالب 2/ 423.

(7) مختصر الطحاوي ص263.

(8) الإقناع للماوردي ص178.

(9) ساقطة في نسخة: «خق».

صح عن أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي هريرة وغيرهم أن رجوعه إلى غير شبهة مقبول درءاً للحد، وسواء كان رجوعه قبل إقامة الحد عليه، أو بعد ذلك. وروى **أشهب** عن **مالك** إذا رجع بعد إقامة أكثر الحدّ لم يقبل رجوعه[1]، والأول أصح، لأن التوبة مقبولة في كل حين وزمان، قال[2]: وكذلك كل حق هو لله تعالى بخلاف ما للناس[3] وههنا فروع مختلف فيه وهو: إذا أقرّ بالزنى، ثم رجع عن ذلك فلم يحد فقذفه رجل بالزنى فهل يحدّ القاذف اعتباراً بالرجوع وهو قول **أشهب** أو لا يحد اعتباراً بالإقرار، وهو قول **ابن القاسم**[4].

قوله: «وأما البيّنة فشهادة أربعة[5] رجال عدول يشهدون مجتمعين»:
هذه الشهادة التامة في هذا الباب هي التي اجتمعت فيها الأوصاف التي ذكرها القاضي، فإن جاءوا مفترقين فالمشهور من المذهب أنهم قذفه. وحكى القاضي **أبو محمد** عن **عبد الملك والشافعي** أنه يحكم بشهادتهم مجتمعين ومفترقين[6]، وفي النوادر عن **ابن القاسم**: لا ينبغي للإمام أن ينتظر القاذف، ومن شهد معه إذا لم تتم[7] شهادتهم، فإن جهل القاذف فجاء اليوم بشاهد أو بشاهدين، وقال: أتى ببقيتهم بعد ذلك حتى تتم أربعة مفترقين، فإنه تقبل شهادتهم، ويحد الزاني[8]. قال **محمد**: لو أتى رجل إلى الإمام فقال: أشهد

(1) المنتقى 9/ 152.
(2) في نسخة: «ش»: زيادة (ابن القاسم).
(3) كفاية الطالب 2/ 416.
(4) النوادر 14/ 238؛ المنتقى 9/ 153.
(5) لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ﴾ [النساء: 15].
(6) المعونة 3/ 1386؛ المنتقى 9/ 154؛ المقدمات 3/ 257؛ الأم 6/ 137 ـ 138؛ المهذب 2/ 343.
(7) في نسخة: «ش»: زيادة (أربعة).
(8) النوادر 14/ 238، قال ابن أبي زيد: فلا ينبغي للإمام أن ينتظر به حتى يحده هو ومن شهد معه إذا لم تكن شهادتهم متواترة، وأما إذا تمت الشهادة قبل إسقاطها بجهل من الإمام فهي جائزة، ويحد المشهود عليه ولكن لا ينبغي للإمام ندباً أن ينتظر به حتى يحده، ومن شهد معه، ولو شهد اليوم بشاهدين، أو بواحد فلم يحد حتى أتى بآخر =

أن فلاناً زنا فيرجأ إلى أن يأتي بأربعة شهداء، فإنه صار خصماً فإن ذكر أربعة حضور أو قربت غيبتهم يوثق، وكلف أن يبعث إليهم، وإن ادعى بيّنة بعيدة حدّ، ثم إن جاء بهم حبطت عنه جرحة القذف[1].

مسألة الزوايا هي مسألة مشهورة عند الخلافيين وهي: إذا شهد أربعة على رجل أنه زنا في بيت وكل واحد من الشهود يقول: إنه رآه في زاوية غير الزاوية التي يقول الآخر مع اتفاق المجلس، والجمهور على أن الحدّ ساقط عنه، لأنه اختلاف وتهاتر وبه قال **الشافعي**[2]، وقال **أبو حنيفة** بوجوب الحد[3] وهو خروج عن المقصود في باب الحدود. وقال **ابن حبيب**: إذا اختلفت البيّنة فقال بعضهم: زنا بها في غرفة، وقال بعضهم: في سفل، وقال بعضهم: (متكئة)[4]، وقال بعضهم: مستلقية، وقال بعضهم: يوم كذا، وقال بعضهم: ليلة كذا بطلت الشهادة، ولا تلفيق في هذه الشهادة، وقال **ابن الماجشون**: إذا اختلفوا في الأيام والمواطن لفقت الشهادة ولم تبطل[5].

فرع: هل يجوز أن يكون الشهود على الزنا هم الطالبون القائمون بطلب الحدّ أم لا؟ أجازه **مطرف وابن الماجشون**[6]، وفي العتبية: إذا تعلقوا به وأتوا به إلى السلطان، لم تجز شهادتهم وهم قذفة[7].

فرع: إذا وصفوا فقالوا جميعاً: رأينا الفرج في الفرج كالمردود في المكحلة فهي شهادة ماضية فإن لم يصفوا فهل تصح شهادتهم أم لا؟ قولان، والصحيح أنها تصح منهم إذا كانوا علماء وإن كانوا جهلا فلا بدّ من الوصف. ولو وصف الزنا ثلاثة، وقال الرابع بين فخذيها حد الثلاثة حد القذف، وهل

= بعد ذلك، وبآخر حتى أتم أربعة مفترقين فإنه تقبل، ويحد الزاني.

(1) النوادر 14/ 239.

(2) المعونة 3/ 1391؛ المنتقى 9/ 155؛ بداية المجتهد 6922.

(3) مختصر القدوري 3/ 182؛ شرح فتح القدير 4/ 161.

(4) كذا في النسختين، وفي منتقى الباجي 9/ 155: (منكبة).

(5) النوادر 14/ 239؛ المنتقى 9/ 155.

(6) المصدر نفسه 9/ 154.

(7) البيان والتحصيل 10/ 23.

يعاقب الرابع أم لا؟ قولان. فقيل: عليه العقوبة، وقيل: لا عقوبة عليه. وقال **أشهب**: عليه الحد، ولو وصف اثنان الزنى، وشهد اثنان بالخلة والملاصقة والنفس العالي، فهي شهادة غير عاملة[1]، وهي قضية المغيرة مع **أبي بكرة** وأصحابه.

فرع: المقر بالزنى لا تلزم مطالبته بحكاية الفعل وصفته بخلاف الشهود إلا أن يتهم المقر بغفلة، أو جهل كما فعل ﷺ مع ماعز.

فرع: لو رجع واحد منهم عن الشهادة ففيه تفصيل إما أن يرجع قبل الحكم بها أو بعد الحكم بها، وقبل إقامة الحد أو بعد إقامة الحد، فإن رجعوا أو واحد منهم قبل الحكم بها فهم قذفة، ولا حدّ على المشهور عليه، وإن رجعوا بعد الحكم بها، وقبل إقامة الحد فهل يرجم المشهود عليه أو يجلد إن كان بكراً أم لا؟ قولان **لابن القاسم**، (وتفرقة)[2] **لأشهب، القول الأول**: أن الحد يقام ويضمن الشهود الدية في أموالهم إذا رجم، فإن كان الحد جلداً أقيم وعوقب الشهود إلا أن يعذرا في الرجوع، وهذا بناء على أنه حكم مضى، فلا ينقض، **والقول الثاني**: **لابن القاسم**: أنه لا يحد؛ أي لا يجلد ولا يرجم لأن رجوعهم شبهة يدرأ بها الحد. وقال **أشهب**: يقام عليه الحد الأدنى التغريب إذا كان بكراً، ولا يرجم)[3] إن كان ثيباً، وكذلك لا يقطع في السرقة ولا يغرم الدية فيما يكون فيه القصاص فأمضى في هذا القول الحد الأدنى دون الحد الأعلى، وهذا ضعيف لأن طريقها الشهادة، وقد بطلت بالرجوع عنها، ولا فرق بين جلد أو رجم، فإن رجعوا بعد إقامة الحد لم يكون رجوعاً، واختلفت الرواية فيما يلزمهم، فقال **ابن القاسم**: يضمنون الدية

---

(1) النوادر 14/ 241، قال القيرواني: وإذا شهد أربعة فقال اثنان على الوطء، واثنان على الخلوة والنفس العالي والملاصقة حد اللذان ذكرا الرؤية وعوقب الرجل والمرأة بالشهادة على الخلوة والنفس، قال أشهب: بمائة جلدة ونحوها، وإن وصف ثلاثة الزنى، وقال الرابع لم أره في الفرج حد الأربعة إن شهد الرابع معهم أنه زنى، وإن لم يقل زنى، وإنما قال: رأيته على بطنها وشبهه فلا شيء عليه، وقال في المدونة: ويعاقب.

(2) في نسخة: «خز»: (ويعرف).

(3) ساقطة في نسخة: «ش».

في العمد والخطأ. وقال **أشهب**: إن أقروا بتعمد الكذب قتلوا لأنهم قتلوا عمداً بشهادتهم فهو قصاص متعين، وإذا كان الحد ضرباً فاعترفوا [51/ظ] بالزور فهل يضرب كل واحد (من)[1] الأربعة جميع الحد الذي أقيم على المشهود عليه، أو يتوزع جميعه على الأربعة فيضرب كل واحد منهم خمسة وعشرون سوطاً قولان[2]. وههنا (فرعان)[3]:

الأول: إذا كان الشهود على الزنا خمسة فرجع واحد منهم، فهل يحد الراجع أم لا؟ قولان[4]، والصواب: أن يحد لأنه قاذف، فإن رجع بعد الحكم وإقامة الحد فلا شيء عليه من الدية، لأن الحكم مستقل دون شهادته، فإن كانوا أربعة ورجع واحد منهم بعد الحد فاختلف في قدر ما يغرمه من الدية هل ربعها أو جميعها بناء على ماذكرناه من توزيع الحد، فإن كان واحد من الأربعة مسخوطاً[5]، وعلم ذلك بعد الرجم فهل يمضي الحكم أو ينقض قولان:

قال **ابن القاسم**: ينقض الحكم، وعلى الثلاثة دية المرجوم[6]، وقال **عبد الملك وأشهب**: يمضي الحكم ولا ينقض، وكذلك (العبد)[7] والنصراني والمولى عليه وولد الزنى، لأن هؤلاء ليسوا من (أهل الشهادة)[8]. قال **ابن القاسم**: إن تبين بعد الرجم أن (أحد)[9] الشهود (عبد)[10] فهو من خطأ الإمام والدية على عاقلته، وإن علم الشهود الذين شهدوا معه أنه عبد فالدية عليهم، ولا شيء على العبد[11]. قال **ابن سحنون**: وقيل: لا شيء على الإمام إلا أن

---

(1) في نسخة: «ش»: (منهم أعني).
(2) في جملة هذه الأحكام. ينظر: النوادر 14/ 246.
(3) في نسخة: «ش»: (فروع).
(4) النوادر 14/ 245؛ البيان والتحصيل 16/ 349.
(5) مسخوطاً أي فاسقاً. ينظر: الشرح الكبير 4/ 288.
(6) المدونة 16/ 239؛ التاج والإكليل 6/ 201.
(7) ساقطة في نسخة: «خق».
(8) في نسخة: «ش»: (الشهداء).
(9) ساقطة في نسخة: «ش».
(10) في نسخة: «ش»: (عبيد).
(11) المدونة 16/ 239.

يعلموه أنه عبد، وأن شهادتهم لا تجوز فعليه الدية، لأن النظر في البينة والكشف عنها إلى الإمام. وقال **أبو مصعب**: إذا علم العبد وحده أن شهادته لا تجوز، ولم تعلم البيّنة بذلك فالدية عليهم أرباعاً.

فرع: تجوز الشهادة على الشهادة في الزنا، وهل يشترط في شهود النقل أن يكونوا أربعة على كل واحد أو يكتفي بشهادة اثنين على كل واحد فيه قولان في المذهب[1]، والصحيح أن النقل فرع عن الأصل فيلزم فيه ما يلزم في الأصل.

ثم ذكر أن ظهور الحمل أحد الأسباب الثلاثة التي بها يثبت الزنا، وقد قدمنا الخلاف فيه.

قوله: «**(ويقام)**[2] **الحد على المشهور عليه (حين تتم الشهادة عليه)**[3] **تاب أو لم يتب**»: وهذا تنبيه على مذهب **الشافعي** القائل بأنه إذا تاب سقط الحد عنه[4] اعتماداً على قوله ﷺ في حديث ماعز حين ذكر لرسول الله ﷺ: (فراره حين مسته الحجارة وقال: **فهلا تركتموه)**[5] قال **أبو داود**: **(لعله أن يتوب فيتوب الله عليه)**[6].

ثم ذكر تأخير الجلد للعوارض الموجبة له وهي ثلاثة[7]: المرض، والحمل، والزمان[8] وقد تقدم.

---

(1) النوادر 14/ 243؛ المعونة 3/ 1390.

(2) في نسخة: «خق»: (ويقيم الإمام).

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) وله قول آخر يقضي بإقامة الحد عليه. ينظر: الأم 7/ 124.

(5) حديث: **(فهلا تركتموه)**: سنن الترمذي، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحد عن المعترف إذا رجع، حديث (1428) 4/ 36؛ سنن ابن ماجه، كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك، حديث (4419) 2/ 854.

(6) سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك، حديث (4419) 4/ 145.

(7) شرح الخرشي 8/ 84.

(8) الزمان: أي الضعف الخلقي الذي يعظم الخطر فيه فيؤدي إلى تلف. ينظر: التلقين ص151.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**ولا حد على الزاني بجارية ابنه**» إلى آخر الباب.

شرح: ثبت في الشريعة درء الحدود بالشبهات، ولذلك قلنا: لا يحد الوالد إذا زنى بأمة ابنه لأن له فيها شبهة لقوله ﷺ: (**أنت ومالك لأبيك**)[1] فللأب شبهة في مال ابنه شرعاً ويحد الابن إذا زنا بِأَمَةِ والده، إذ له أن يتزوج أمة أبيه، وليس للأب أن يتزوج أمة ابنه، وكذلك إذا وطئ جارية له فيها (شرك)[2] لاختلاط ملكه بملك شريكه، ويلحق به الولد لشبهة الملك، ولو يختلف قول **مالك** أنها إن حملت (منه)[3] قوم عليه نصيب شريكه، فإن لم تحمل فهل يقوم عليه نصيب الشريك أم لا؟ قولان عندنا[4] أحدهما: أن سقوط الحد عنه مؤذن بتمليك نصيب الشريك بالتقويم تخفيفاً لوقوع الشبهة فيجب التقويم على حال، والثاني: أنه لا يقوم اعتباراً بإباحة غيره، وكذلك إذا وجد امرأة على فراشه فظن أنها زوجته فوطئها فلا حدّ عليه عندنا خلافاً **لأبي حنيفة**، فإنه أوجب عليه الحدّ في ليلة (الزفاف)[5] خاصة[6]. ثم ذكر استكراه امرأة على الزنا، وصور فيه أربع صور:

الصورة الأولى: أن يستكره حرة فعليه الحد لا عليها، وعليه صداق المثل من باب قيم المتلفات[7] خلافاً **لأبي حنيفة** حيث قال: لا شيء عليه سوى الحد[8]، فإن كان المستكره عبداً فهو جان وسيده بالخيار بين أن يسلمه في جنايته أو يفيده بصداق المثل.

الصورة الثانية: أن يكون أمة فعليه ما نقصه الوطء لأنها مال[9].

---

(1) حديث: (**أنت ومالك لأبيك**): سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، حديث (2292) 2/ 769؛ صحيح ابن حبان، حديث (410) 2/ 142.

(2) في نسخة: «خق»: (ملك) عوض (شرك).

(3) ساقطة في نسخة: «ش».

(4) التفريع 2/ 223؛ المعونة 4/ 381.

(5) في نسخة: «خق»: (الرقاد).

(6) مختصر القدوري 3/ 191.

(7) التفريع 2/ 224؛ المعونة 3/ 1494؛ الكافي ص574.

(8) حاشية ابن عابدين 2/ 271، 250.

(9) المعونة 3/ 1494.

الصورة الثالثة: أن يكره النصراني حرة مسلمة فهو نقض عهد، فيقتل، وينبغي أن تجب عليه قيمة البضع، لأنه من باب (المتلفات)[1] والغرامات[2].

الصورة الرابعة: أن يكره نصراني أمة مسلمة فعليه ما نقص من قيمتها، ولا يقتل لأنها جناية على مال، فلا يكون ناقضاً للعهد بالجناية على المال على الأصح[3].

ثم ذكر أن للسيد إقامة الحد على رقيقه إذا زنى أو شرب خمراً لقوله ﷺ: **(أقيموا الحدود على أرقائكم)**[4] ولقوله ﷺ: **(إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها)**[5] وليس له إقامة حد السرقة عليه، لأنه مثلة فيصير ذريعة إلى نفي (العتق)[6] المثلة[7] وحكى الشيخ **أبو الحسن** عن المذهب أن للسيد إقامة الحد على عبده إن كان جلداً، ولا يقيم عليه حدّ السرقة ولا القتل ولا القصاص ولا الحرابة فإن فعل وأقام البيّنة على صحة ذلك لم يكن عليه شيء، وإلا عتق عليه بالمثلة. وقال **أبو حنيفة**: إقامة الحدود إلى الإمام لا للسيد[8].

فإذا بنينا على المذهب فكانت أمة ذات زوج حر أو عبد لغيره فليس له إقامة الحد عليها، لأن ذلك إبطال لمنفعة الزوج وفراشه، وعليه أن يرفع إلى الإمام.

---

(1) في نسخة: «خق»: (الإتلاف).

(2) التفريع 2/ 224؛ الكافي ص574.

(3) المعونة 3/ 1395.

(4) حديث: **(أقيموا الحدود على أرقائكم)**: صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب تأخير الحد على النفساء، حديث (1705) 3/ 1300؛ سنن الترمذي، كتاب الحدود، باب ما جاء في إقامة الحد على الإماء، حديث (1441) 4/ 47.

(5) حديث: **(إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها)**؛ صحيح البخاري. كتاب البيوع، باب بيع المدبر، حديث (2119) 2/ 777؛ صحيح ملسم، كتاب الحدود، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنا، حديث (1703) 3/ 1328؛ سنن الترمذي، كتاب الحدود، باب ما جاء في إقامة الحد على الإماء، حديث (1441) 4/ 46؛ سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب في الأمة تزني ولم تحصن، حديث (4469) 4/ 160.

(6) ساقطة في نسخة: «ش».

(7) المعونة 3/ 1397.

(8) مختصر القدوري 3/ 186.

فرع: إذا قلنا بأن له إقامة الحدود فهل يكتفى بعلمه ذلك ويقوم مقام الإقرار أو لا بد من الشهادة قولان. وفي الموطأ أن عبد الله بن عمر بعث عبداً له قد سرق هو أبق إلى سعيد بن العاص[1] وهو أمير المدينة ليقطع يده، فأبى سعيد أنه يقطع يده وقال: [52/و] لا يقطع الآبق إذا سرق، فقال له عبد الله بن عمر: في أي كتاب وجدت هذا؟ ثم أمر به عبد الله بن عمر فقطعت يده[2].

قوله: «**وينبغي للإمام إحضار طائفة**[3] **من المؤمنين الحد**» وهذا كما ذكره لقوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: 2] قال **ابن القاسم**: ويحضر السيد لجلد عبده أربعة نفر عدول، لأن العبد قد يعتق يوماً ما فيشهد بين الناس فيخير من شهد عليه بما ترد به شهادته، فإن كانوا ثلاثة والسيد رابعهم لم يحده، وليرفع إلى الإمام. وقال **عطاء** وغيره: الطائفة اثنان، وقيل: ثلاثة[4]، وعن ابن عباس: (**هي أربعة إلى أربعين رجلاً من المؤمنين**)[5]، قال **الحسن**: عشرة[6]، وقال **مجاهد**: الواحد فما فوق[7]، واختار **الزمخشري** أنها الفرقة التي يمكن أن تكون حلقة، وأقلها ثلاثة أو أربعة، وهي صفة غالبة[8] كأنه الجماعة المحافة حول (الشيء)[9] ثم ذكر

---

(1) أبو عثمان أو أبو عبد الرحمن سعيد بن العاص الأموي، قتل أبوه يوم بدر كافراً، روى عن النبي ﷺ مرسلاً، وعن عمر وعثمان وعائشة، وعنه ابناه عمر ويحيى، وسالم بن عبد الله بن عمر وغيرهم استعمله معاوية أميراً على المدينة مات سنة (57هـ ـ 677م). وقيل غير ذلك. ينظر: تهذيب التهذيب 4/ 48.

(2) الموطأ، كتاب الحدود، باب ما جاء في قطع الآبق والسارق، حديث (1522) 2/ 833.

(3) الطائفة عندنا وعند أبي حنيفة والشافعي أربعة فصاعداً. ينظر: بدائع الصنائع 7/ 60 ـ 61؛ الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2/ 215؛ مغني المحتاج 4/ 152.

(4) المغني 10/ 137؛ المحلى 12/ 217.

(5) كذا والثابت عن ابن عباس رضي الله عنه أن الطائفة: واحد فما فوقه. ينظر: المحلى 12/ 217؛ المغني 10/ 137.

(6) المحلى 12/ 218؛ المغني 10/ 137.

(7) هذا القول قال به ابن عباس كما أسلفت.

(8) الكشاف 2/ 82. ونصه: الطائفة: الفرقة التي يمكن أن تكون حلقة وأقلها ثلاثة أو أربعة وهي صفة غالبة.

(9) في نسخة: «خو»: (النبي ﷺ).

حكم اللواط، وقد انعقد إجماع أمة محمد ﷺ على تحريمه، وقال الله سبحانه: ﴿لَتَأْتُونَ ٱلْفَٰحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا﴾ الآية [الأعراف: 80]. وقال: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً﴾ [الإسراء: 32] فدلّ على أن اللواط أشد من الزنا، لأنهم أتوا ما لم يأتِ أحد ممن سبقهم بها ولأنه إتيان من لا يستباح بوجه بخلاف الزنى فإن المرأة تستباح بالنكاح.

واختلفوا في مسائل:

المسألة الأولى: اختلفوا في الحدّ الواجب فيه بناء على أنه هل يسمى في اللغة زنى أم لا؟ ومبنى المسألة على القياس في اللغة، والأصح امتناعه، ومذاهب الفقهاء فيه ثلاثة أقوال، فقال قوم: حكمه الرجم مطلقاً أحصنا أم لا[1]؟ اعتماداً على قوله ﷺ: **(اقتلوا الفاعل والمفعول به)**[2]. قال **مالك**: لم نزل نسمع من العلماء أنهما يرجمان أحصنا أم لا. قال ربيعة: الرجم عقوبة أنزلها الله سبحانه بقوم لوط، وبذلك حكم أبو بكر الصديق وكتب به إلى خالد بن الوليد بعد مشاورة خير القرون وكان أشدهم فيه علي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس[3]، وقال **الشافعي**: هو كالزنى فيفرق بين الثيب والبكر[4]، وقال **أبو حنيفة**: ليس فيه حد، وإنما فيه التعزير[5]، وصح عن أبي بكر الصديق أنه كتب أن يحرقوا بالنار، وفعل ذلك ابن الزبير وهشام بن عبد الملك. قال **ابن حبيب**: فمن أخذ بهذا لم يخطئ، والرجم هو الذي جاء

---

(1) قال الدردير: ويرجم اللائط والملوط به مطلقاً أحصن أم لا بشرط التكليف، فلا يشترط في الفاعل أن يكون المفعول به بالغاً بل مطيقاً، وشرط المفعول بلوغ فاعله فلا يرجم من مكن صبيا. ينظر: الشرح الصغير 5/ 115؛ حاشية العدوي 2/ 299.

(2) حديث: **(اقتلوا الفاعل والمفعول به)**: سنن الترمذي، كتاب الحدود، باب ما جاء في حد اللوطي، حديث (1456) 4/ 57؛ سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب فيمن عمل عمل قوم لوط، حديث (4462) ط/ 158؛ سنن ابن ماجه، كتاب الحدود، باب من عمل عمل قوم لوط، حديث (2565) 2/ 856.

(3) المنتقى 9/ 149.

(4) روضة الطالبين 10/ 90، وله قول آخر مثلنا، وبه قال الحنابلة. ينظر: الإنصاف 10/ 176.

(5) مختصر الطحاوي ص263.

عن النبي ﷺ[1]. قال **ابن شهاب ومالك**: عليه العمل[2].

المسألة الثانية: إذا كانا عبدين رجما أيضاً. وقال **أشهب**: يجلد العبدان خمسين خمسين، ويؤدب الكافران[3].

المسألة الثالثة: إذا وطئ امرأة أجنبية في دبرها فحكم ذلك حكم الزنى رجم المحصن وجلد البكر وتغريبه؛ قاله **ابن المواز**، ورواه **ابن حبيب** عن **ابن الماجشون**، وقال القاضي **أبو الحسن بن القصار** حكم ذلك حكم اللواط (يرجمان)[4] مطلقاً[5].

المسألة الرابعة: الشهادة على اللواط كالشهادة على الزنا[6]، وقال **أبو حنيفة**: (بشهادة)[7] شاهدين[8].

المسألة الخامسة: اختلفوا في المرأتين تتساحقان، ففي العتبية عن **ابن القاسم** ليس في ذلك حدّ وهو اجتهاد الإمام. قال **ابن شهاب**: سمعت رجلاً من أهل العلم يقولون تجلدان مائة. وقال **أصبغ**: تجلدان (خمسين خمسين)[9][10] ونبّه القاضي على خلاف **الشافعي** في حدّه، وخلاف **أبي حنيفة** في طريق توبته. وأما واطئ البهيمة فعليه الأدب الاجتهادي. وقال **ابن شعبان**: يحد، ولا يقتل هو ولا البهيمة[11] خلافاً لمن قال به[12] استناداً

---

(1) النوادر 14/ 268؛ المنتقى 9/ 149.

(2) المنتقى 9/ 149.

(3) المنتقى 9/ 149.

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) المنتقى 9/ 150.

(6) النوادر 14/ 269؛ المنتقى 9/ 150؛ القوانين الفقهية ص233.

(7) في نسخة: «خق»: (يثبت ب).

(8) مختصر الطحاوي ص263؛ مختصر القدوري 3/ 191.

(9) كذا، وفي النوادر 14/ 269؛ والقوانين الفقهية (مائة مائة).

(10) النوادر 14/ 268 ـ 269؛ المنتقى 9/ 150.

(11) المعونة 3/ 1401؛ عيون المجالس 5/ 2098؛ القوانين الفقهية ص320، وبه قال الحنابلة. ينظر: المحرر 2/ 153.

(12) كالشافعي في أحد أقواله الثلاثة، والأظهر عندهم أنه يعزر كقولنا. ينظر: روضة =

لقوله ﷺ: **(من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها)**[1] وهو منكر الإسناد[2].

فروع تتعلق بهذا الباب:

المسألة الأولى: هل يحفر للمرجوم أم لا؟ قال **مالك**: لا يحفر للمرجوم مطلقاً، وما سمعت أحداً ممن مضى يوجب ذلك[3]. وقال **ابن وهب** ذلك للإمام، وقال **أصبغ**: أحب إلي أن يحفر له[4]، وقال بعض الأشياخ: لا يحفر للمقر، لأنه إن هرب ترك، ويحفر للمشهود عليه لأنه إن هرب لم يترك. حكاه الإمام **أبو عبد الله** وغيره عن **ابن شعبان**، وقال **الشافعي**: يحفر للمرأة، والدليل لنا أن ماعز فرّ، ولو كان في حفرة لما فرّ وحفر ﷺ للعامرية إلى صدرها، وفي حديث اليهوديين: فرأيت رجلاً يجنأ عليها يقيها الحجارة[5]. قال **أشهب**: فإن حفر له فأحب إليّ أن تخلى يداه، وكذلك لا يربط المرجوم لأنه عليه السلام لم يربط ماعز بنت **مالك الأسلمي**[6].

المسألة الثانية: هل يرجم قاعداً أو قائماً الجمهور على أنهما يرجمان

= الطالبين 10/ 92، وبه قال أحمد بن حنبل وأبو سلمة. ينظر: المغني 8/ 189.

(1) حديث: **(من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها)**: سنن الترمذي، كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن يقع على البهيمة، حديث (1455) 4/ 56.
قال أبو عيسى: هذا حديث في إسناده مقال، ولا نعرف أحد رواه عن سهيل بن أبي عاصم بن عمر العمرين وعاصم بن عمر يضعف في الحديث، سنن الترمذي 4/ 57؛ سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب فيمن أتى بهيمة، حديث (4464) 4/ 159. قال أبو داود: ليس هذا بالقوي؛ سنن ابن ماجه، كتاب الحدود، باب من أتى ذات محرم ومن أتى بهيمة.

(2) قال ابن حجر: وفي إسناد هذا الحديث كلام. ينظر: التلخيص 4/ 55.

(3) المدونة 16/ 241؛ المنتقى 9/ 134؛ بداية المجتهد 2/ 388؛ حاشية الدسوقي 4/ 320، وبه قال الأحناف. ينظر: المبسوط للسرخسي 9/ 51.

(4) المنتقى 9/ 149.

(5) حديث: **(رأيت رجلاً يجنأ عليها يقيها الحجارة)**: صحيح البخاري، كتاب المناقب، باب قول الله تعالى: ﴿يَعْرِفُونَهُۥ كَمَا يَعْرِفُونَ أَبْنَآءَهُمْ ۖ وَإِنَّ فَرِيقًا مِّنْهُمْ لَيَكْتُمُونَ ٱلْحَقَّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾. ينظر حديث: (3436) 3/ 1330؛ سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب في رجم اليهوديين، حديث (4446) 4/ 153.

(6) المعونة 3/ 1398؛ المنتقى 9/ 134.

قاعدين، وقال بعض أهل العلم: يقام الرجل، لأنه أبلغ في الألم الرادع.

المسألة الثالثة: قال **مالك**: يسأل الإمام الزاني هل هو بكر أو ثيب ويقبل قوله أنه بكر إلا أن تقوم البيّنة أنه ثيب، وقيل: لا يسأله حتى يكشف عنه، فإن وجد من ذلك علماً وإلا سأله وقبل قوله دون يمين. قال **ابن المواز**: وهذا أحب إلينا[1].

المسألة الرابعة: الضرب في الحدود كلها سواء بسوط بين سوطين[2] اعتماداً على أنه الثابت عملاً عن رسول الله ﷺ. وقال **أبو حنيفة**: الضرب في الزنا أشد منه في القذف وشرب الخمر، ويجرد الرجل في الحدود كلها[3]. وقال **أبو حنيفة والشافعي**: لا يرد في القذف[4]، ولا تجرد المرأة وليترك عليها ما يسترها، فلا يقيها الضرب والجلد في الظهر وما يقاربه[5]، ولا يعرف **مالك** الإعطاء، ويكون الجلاد عدلاً، ولا يضع سوطاً فوق سوط. قال **ابن شعبان**: يعطى كل عضو حقه من الضرب إلا الوجه والفرج. وقال **الشافعي وأبو حنيفة**: يضرب في الأعضاء كلها إلا الوجه والرأس والفرج[6].

المسألة الخامسة: [52/ظ] روى **ابن المواز** عن **ربيعة** في العبد يستكره الحرة يجلد ويباع لغير أرضها لتبعد عنها معرته.

مسائل تتعلق بالإكراه على الزنى، فقد تقرر أن المرأة إذا أكرهت فلا حدّ عليها، والحد على الواطئ المكره، فإن كانت هي المكرهة للرجل حدت، وهل عليه حدّ أم لا؟ قولان في المذهب؛ حكاهما الشيخ **أبو الحسن** وغيره، فإن أكرها جميعاً فلا حدّ على المرأة، واختلف في الرجل هل يحد أم لا؟ قولان عندنا مبنيان على الإكره، هل يتحقق في حق الرجل

---

(1) المنتقى 9/ 136.
(2) عيون المجالس 5/ 2094؛ الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2/ 213 ـ 214.
(3) المبسوط للسرخسي 9/ 72.
(4) الهداية 2/ 11؛ روضة الطالبين 10/ 172.
(5) المنتقى 9/ 151
(6) المبسوط 9/ 72؛ روضة الطالبين 10/ 172.

وهو الظاهر أم لا؟ لأنه لا ينعظ إلا مريداً ملتذاً فإنه ضرب من الاختيار؛ قاله الشيخ **أبو الحسن**، وفيه نظر لأنه من لوازم الطبع البشري فليس داخلاً تحت الاختيار.

فرع: إذا أكره على الزنا ففعله مكرهاً سقط عنه الحد، ووجب عليه صداق المثل، وانظر هل يرتفع بالإكراه الحكم فيما بينه وبين الله أم لا؟ الظاهر ارتفاعه لانتفاء الاختيار فهو غير فاعل حقيقة لسلب الاختيار. وحكى الشيخ **أبو الحسن اللخمي** نصاً أنه إثم وإن أكره لأنه لم يكن له أن يفعل، وإن هدد بالقتل، وهذا فيه نظر، إذ لا معنى للإكراه حينئذ.

مسألة: اختلفت الرواية في مَن قرب إسلامه فزنى، وزعم أنه لم يعلم بتحريم الزنى فقال في المدونة: يحد ولا يعذر أحد بهذا[1]. وقال **أصبغ** وغيره: لا حد عليه، وكذلك إذا أسلم بدار الحرب وترك صلوات لم يعلم بفرضها، فالصحيح أنه يقضيها، وقيل: لا قضاء عليه.

مسألة: إذا ثبتت الشهادة على الزنى فقال: أنا بكر صدق كما ذكرنا، لأن الأصل البكارة، فإن قال: أنا عبد فكذلك أيضاً، ويقام عليه حد العبد قال الشيخ **أبو الحسن**: فإن قال: أنا عبد وله زوجة لم يصدق ورجم، لأنه يتهم أن يرق نفسه لينجو من القتل، وهذا فيه نظر، فإنه إذا قبل قوله لم تكن له زوجة فينبغي أن يقبل من وجودها لتطرق الاحتمال في المحلين.

مسألة: إذا شهد أربعة بالزنا واثنان بالإحصان فرجم ثم رجع جميعهم حدّ شهود الزنى دون شهود الإحصان.

واختلف في الدية على ثلاثة أقوال: أحدها: أنها على الشهود بالزنى خاصة وهو قول **ابن القاسم**. والثاني: أنها على الجميع أسداساً وهو قول **أشهب وعبد الملك**. والثالث: أنها مشطرة (نصفها على شهود الإحصان)[2] ونصفها على شهود الزنى، لأن جميعهم قتلوه.

---

(1) المدونة 16/ 342.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

[فصل في القذف][1]

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**فصل القذف موجب للحد**» إلى آخره.

شرح: قد تقرر في الشريعة، وعلم من دين الأمة صيانة النفوس والأعراض والفروج والأموال وتواصلت على التحفظ بها الأنبياء، واتفقت (عليه)[2] الشرائع، وقد جعل رسول الله ﷺ الأعراض (ثلث الدين)[3] في الحديث الصحيح الثابت المتفق على صحة في حجة الوداع حيث قال: (**إن دمائكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا**)[4] خرّجه أهل الصحيح، واتفق عليه أئمة السنّة وهو مؤكد (أحكام)[5] الكتاب، وصريح الوحي في قوله سبحانه: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾ [النور: 4] وقال: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ٱلۡغَٰفِلَٰتِ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ﴾ الآية [النور: 23]. وانعقد الإجماع على تحريمه، وفي الصحيح إن آية القذف لما نزلت قرأها رسول الله ﷺ على المنبر فقال عاصم بن عدي الأنصاري: (**جعلني الله فداك**)[6] (إن وجد رجل مع امرأته رجلاً فأخبر جلد ثمانين وردت شهادته أبداً، وإن ضربه بالسيف قتل وإن

---

(1) القذف لغة: الرمي والطرح، وفي اصطلاح الفقهاء قال ابن عرفة: القذف الأعم: نسبة آدمي غيره، لزنا أو قطع نسب مسلم، والأخص لا يجاب الحد: نسبة آدمي مكلف غيره حراً عفيفاً مسلماً بالغاً أو صغيرة تطيق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم. ينظر: معجم مقاييس اللغة 5/ 68؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 642.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) في نسخة: «خق»: (ثلاثة الدية) كذا، والصواب ما أثبته من نسخة: «ش».

(4) حديث: (**إن دمائكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم**): صحيح البخاري، كتاب الحج، باب حجة الوداع، حديث (4141) 4/ 1598؛ صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، حديث (1218) 2/ 889؛ سنن الترمذي، كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة التوبة، حديث (3087) 5/ 273؛ سنن أبي داود، كتاب المناسك، باب في صفة حجة النبي ﷺ، حديث (1905) 2/ 185؛ سنن ابن ماجه، كتاب المناسك، باب الخطبة يوم النحر، حديث (3055) 2/ 1015.

(5) في نسخة: «خق»: (بحكم).

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

سكت سكت على غيظ، وإلى أن يجيء بأربعة شهداء، فقد قضى الرجل حاجته ومضى اللهم افتح[1] وخرج فاستقبله هلال بن أمية، أو عويمر فقال: ما وراءك؟ فقال: شر، وجدت على بطن امرأتي خولة بنت عاصم شريك بن سحماء، فقال: هذا والله سؤال ما أسرع ما يثبت به فرجعا، فأخبر عاصم رسول الله ﷺ وكلّم خولة فقالت: لا أدري الغيرة أدركته أم بخلاً على الطعام، وكان شريك نزيلهم وقال هلال: لقد رأيته على بطنها، فنزلت آية اللعانْ ولاعن بينهما)، قد تقدم معناه في كتاب اللعان، وقد ضرب عمر الذين شهدوا على المغيرة بالزنا إذ لم تتم شهادتهم، واختلفت الآثار في قذفة عائشة الذين رموها بالإفك وهو: حمنة بنت جحش، وحسان بن ثابت، ومسطح بن ثابت، وزيد بن رفاعة، وعبد الله بن أبي سلول رأس المنافقين[2] ومن ساعدهم هل حدّهم النبي ﷺ بعد نزول البراءة من السماء أم لا؟ وهو خلاف معلوم مشهور ذكره أهل (السير)[3] والأخبار. وقال الإمام **أبو القاسم الزمخشري** في التفسير وهو من أئمة الشرع واللسان: ولقد ضرب رسول الله ﷺ عبد الله بن أبيّ بن سلول وحسان ومسطحاً وقعد صفوان بن المعطل الذي قذف بالإفك بعائشة لحسان فضربه ضربة بالسيف فكف بصره[4] وقيل: إنه المراد بقوله: ﴿وَٱلَّذِى تَوَلَّىٰ كِبْرَهُۥ﴾ [النور: 11] والصحيح أنه عبد الله بن أبي سلول. قال **أصبغ**: وقد جلد النبي ﷺ الذين خاضوا في أمر عائشة كل واحد منهم حدّاً واحداً، ولو كان على ما قاله المخالف يجلد كل واحد منهم حدين: حدّ عن عائشة، وحدّ عن صفوان حكاه ابن يونس في جامعه[5]، والشيخ **أبو الحسن** في تبصرته[6]. واشترط القاضي **أبو محمد** في وجوب

---

(1) صحيح مسلم، كتاب اللعان، حديث (1494) 2/ 1133.

(2) زاد المسير 6/ 17.

(3) في نسخة: «خق»: (السنة).

(4) الكشاف 2/ 87.

(5) الجامع لابن يونس، السفر الثامن 5، ومخطوط: «خع» رقم (350ق). ونصه: وقد جلد الرسول ﷺ الذين خاضوا في أمر عائشة ﵂ كل واحد حداً، حداً، ولو كان على قاله المخالف لجلد كل واحد منهم حدين حداً عن عائشة ﵂، وحداً عن الذي رموها به.

(6) التبصرة 3/ 144/ ظ.

الحد بالقذف تسعة شروط: اثنان في [53/و] القاذف وخمسة في المقذوف، واثنان في الشيء المقذوف به، وفي هذه الشروط تدخل (جل)[1] مسائل القذف. فأما الشرطان في القاذف: العقل والبلوغ، احترازاً من المجنون والصبي، ولا حدّ على القاذف المجنون الذي لا يفيق أصلاً منذ بلوغه، لأن الحد مشروع لرفع المعرة، ولا تتعلق بالمجنون، فإن أفاق أحياناً فإن قاذفه يحد وكذلك يحد هو في نفسه إذا كان يفيق أحياناً وقذف في حين إفاقته، وكذلك الصبي لا حدّ عليه سواء كان قاذفاً أو مقذوفاً، وكذلك الصبية التي لم تبلغ ولا تطيق الوطء لا حدّ على قاذفها، فإن كانت ممن تطيق الوطء ولم تبلغ المحيط فهل يحد قاذفها، لأنها مثلها يوطأ أم لا حد عليه. قولان. المشهور عن **مالك** أن قاذفه يحد إذا كان مثلها يوطأ، وإن لم تبلغ لأن ذلك عار يلحقها ويرغب عن تزويجها بخلاف الصبي، وإن كان مثله يطأ ولم يبلغ. قال **ابن القاسم، وابن عبد الحكم**: لا حد على قاذفه، قال **محمد**: ومن قال لمجنونة في حال جنونها: يا زانية فعليه الحد إلا أن تكون أصابها الجنون من صغرها إلى كبرها لم تفق، ولا حد عليه، ولا يلحقها اسم الزنا؟ قال **مالك**: ولا يحد الصبي والصبية في زنى أو غيره حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية[2]، وإن تأخر حتى يبلغا سناً لا يبلغه أحد إلا احتلم، والذي اختاره الشيخ **أبو الحسن اللخمي** في الجارية يوطأ مثلها، وإن لم تبلغ المحيض أن يحد قاذفها[3]، لأن المعرة تتعلق بها بخلاف الصبي كما ذكرناه، ولا حدّ عليها حينئذ إن قذفت غيرها، ولم يعتبر **الشافعي وأبو حنيفة** إطاقة الوطء، وإنما (اعتبرا)[4] المحيض[5]، فلا حدّ عندهما على من قذف الصبية المطيقة للوطء غير البالغ

(1) ساقطة في نسخة: «ش».

(2) المدونة د/ 108.

(3) التبصرة 3/ 145/و. قال اللخمي: واختلف إذا كانت في سن من تجامع فقال مالك وغيره من أصحابه يحد لها، وقال محمد بن الجهم ومحمد بن عبد الحكم لا حد عليه، والقول الأول أحسن.

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) تحفة الفقهاء 3/ 145؛ مختصر المزني ص262.

وهو نحو ما رواه **ابن الجهم وابن عبد الحكم**[1]، والمعتمد عليه من المذهب ما ذكرناه، وإنما اشترطنا الإسلام لأن عرض الكافر منهوك لا حرمة له شرعاً، وإن كان الفاسق المسلم لا يحد قاذفه وهو أعظم حرمة من الكافر، فالكافر أولى، وإنما شرطنا الحرية (بناء)[2] على ما ذهب إليه **مالك** وجمهور أهل العلم خلافاً لمن أوجب الحد على قاذف العبد. والصحيح ما ذهب إليه الجمهور، لأن حرمته ناقصة بالرق الذي هو من آثار الكفر، وقال ﷺ: **(من قذف مملوكه وهو بريء جلده يوم القيامة)**[3] ولم يتعرض ﷺ لوجوب الحد عليه في الدنيا. وههنا **فروع**: إذا قذف كبيراً بما كان منه في حال صغره أو رقه هل يحد اعتباراً بالحال أم لا؟ اعتباراً بزمان الكفر والصغر والرق فيه ثلاثة أقوال في المذهب، المشهور أنه يحد سواء أثبتت ما قاله أم لا وهو قول **ابن القاسم**، **والثاني**: أنه لا يحد إلا أن يقول ذلك في مشاتمه فيحد إلا أن يثبت ذلك بالبيّنة. وقال **عبد الملك**: إن أثبت ذلك لم يحد، وإلا فعليه الحد، وقول **ابن القاسم**: أن عليه الحد، وإن أثبت ذلك ضعيف في القياس (لأن إثبات ذلك بالشهادة يرفع عنه حكم القذف)[4].

الفرع الثاني: يجلد القاذف ثمانين إن كان المقذوف حراً مسلماً، كان القاذف مسلماً، أو كافراً كتابياً إذ المقصود انتهاك حرمة المسلم، واختلفت الرواية عن **مالك** في الحربي إذا قذف مسلماً فقال **ابن القاسم**: يحد، وقال **أشهب**: لا حدّ (عليه)[5]، والأول أصوب، لأن المقصود حفظ حرمة المسلم.

---

(1) التبصرة 3/ 145/ و.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) حديث: **(من قذف مملوكه)**: صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب قذف العبيد، حديث (6466) 6/ 2515؛ صحيح مسلم، كتاب الأيمان، باب التغليظ على من قذف مملوكة بالزنا، حديث (1660) 3/ 1282؛ سنن الترمذي، كتاب البر والصلة، باب النهي عن ضرب الخدم وشتمهم، حديث (1947) 4/ 335؛ سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب في حق المملوك، حديث (5165) 4/ 341.

(4) ساقطة في نسخة: «خق».

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

الفرع الثالث: إذا قال لها زنيت وأنت مستكرهة لم يحد عند **ابن القاسم**، وقال **محمد سحنون**: يحد لأنه يريد التعريض.

الفرع الرابع: إذا قال لمن هو مجنون يفيق أحياناً زنيت وأنت مجنون فعلى قول **ابن القاسم**: يحد، أثبت ذلك أم لا؟ وعلى قول **عبد الملك**: لا حدّ عليه إذا أثبت ذلك، وعلى قول **أشهب**: إن قاله في حال المشاتمة حدّ إلا أن يثبت ذلك، وإن قاله في غير المشاتمة فلا حدّ عليه (فرعه تخريجاً)[1] الشيخ **أبو الحسن اللخمي**.

الفرع الخامس: إذا مات عن عبد موصى بعتقه فقذف قبل النظر في الوصية فهل يحد قاذفه أم لا، ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يحد اعتباراً بحكم المئال في حريته. والثاني: أنه لا يحد حتى يحكم بعتقه. والثالث: التفرقة بين أن يكون مال الميت مأموناً فيحد قاذفه، لأنه (في حكم)[2] الحر المحقق، أو غير مأمون فلا حدّ على قاذفه إلا بعد الحكم بعتقه، وهذا إذا قال لعبده: (إذا مت)[3] فأنت حر (فإن قال: أعتقوا عبدي)[4] بعد موتي فقذفه رجل فلا حدّ على قاذفه قولاً واحداً حكاه الإمام **أبو عبد الله** لأن عتقه إنما يتحقق بعد عتق الورثة أو الموصى به، بخلاف أن يقول: إذا مت فأنت حر هذا أقرب إلى العتق المحقق، لأنه من باب الشرط والمشروط.

الفرع السادس: إذا مات الحر عن أمة حاملة منه فقذفها هل يحد أم لا؟ قولان. قال **محمد**: لا حدّ عليه حتى تضع لإمكان أن يكون ريحاً ينفش وقال غيره: عليه الحد إذا كان حملها ظاهراً بناء على الأغلب.

الفرع السابع: لا يجب الحد إلا أن يكون المقذوف متمكناً من الوطء، لأن المجبوب ومن جرى مجراه لا يتأتى منه الوطء [53/ظ] فلم تلحقه معرة بالقذف كالصبي والحصور والمحبوب، وأما العنين فيحد قاذفه لأنه قد ذكره. قال الشيخ أبو الحسن: المجبوب جب قبل بلوغه لا حدّ على قاذفه الذي إذ

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) ساقطة في نسخة: «خق».

لا معرة تلحقه، فإن جب بعد بلوغه حد قاذفه[1].

ضابط كلي: ثمانية لا حدّ على قاذفهم: الصبي، والمجنون الذي لا يفيق، والعبد والكافر والزاني والحصور الذي لا آلة له، والمجبوب والصغيرة التي لا تطيق الوطء. وأما الشرط الخامس: وهو عفة المقذوف فلأنه مقتضى النص لأن الله سبحانه قال: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ٱلۡغَٰفِلَٰتِ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ﴾ والإحصان وإن كان مشركاً فالمراد به العفاف، والآية وإن كانت خاصة السبب لأنها نزلت في شأن عائشة فهي عامة إلى يوم القيامة. قال **الزمخشري**[2]: «الغافلات» السليمات النفوس النقيات القلوب اللائي ليس فيهن دهاء ولا مكر، لأنهن لم يختبرن الأمور ولم يرين قط الأحوال فلا يفطن لم تفطن له المجربات العارفات. وأنشد[3]:

بلهاء تطلعني على أسرارها ولقد لهوت بطفلة ميالة[4]

وكذلك البله من الرجال لقوله ﷺ: **(أكثر أهل الجنة البله)**[5] وههنا سؤال يتعلق بالآية، وذلك إذا كان المراد بالآية عائشة فكيف قيل المحصنات بصيغة الجمع، وأجاب عنه أئمتنا بوجهين: **أحدهما**: أن المراد بهن أزواج النبي ﷺ فعظم الله شأنهن، وأثبت هذا الوعيد العظيم لقاذفهن. **والثاني**: المراد به عائشة وبناتها إلى يوم القيمة، لأنها أم المؤمنين[6]، ولقد غلظ الله سبحانه في حديث عائشة وأنزل من القوارع المشحونة ما أنزل على طرق مختلفة وأسباب (متباينة)[7] كل واحد منها كاف في بابه ولو لم ينزل فيها إلا هذه الآية التي كلها على مقتضاها حيث جعل القذفة ملعونين في الدارين جميعاً وتوعدهم بالعذاب العظيم، وأخبر بأن ألسنتهم وأيديهم

---

(1) التبصرة 3/ 145/و.
(2) الكشاف 2/ 87.
(3) البيت للنمر بن تولب وهو من بحر الكامل. ينظر: الغريب لابن قتيبة 1/ 331.
(4) الفائق للزمخشري 1/ 128؛ لسان العرب 13/ 477.
(5) مجمع الزوائد 8/ 79.
(6) تفسير الطبري 18/ 103.
(7) في نسخة: «خق»: (مفتتة).

وأرجلهم تشهد عليهم بما أفكوا وبهتوا وأنه يوفيهم جزاءهم الحق الواجب الذين هم أهله ومستحقوه حتى يعلموا عند ذلك أن الله هو الحق المبين.
وعن ابن عباس أنه كان بالبصرة يوم عرفة وكان يسأل عن تفسير القرآن حتى سئل عن هذه الآية (المنزلة)[1] في شأن عائشة رضي الله عنها، فقال: من أذنب ذنباً فتاب منه قبلت توبته إلا من خاض في أمر عائشة، وهذا منه مبالغة وتعظيماً لأمر الإفك.

قوله: «وأما ما يراعى في الشيء المقذوف به فهو أن يكون المقذوف بوطء يلزم به الحد وهو الزنا واللواط» لا غير ذلك، والثاني: أن ينفى نسبة عن أبيه فإن قذفه بسرقة أو قتل أو شرب خمر، فعليه التعزير دون الحد.
واستنبط العلماء ذلك من مسلكين: أحدها: الإجماع. والثاني: أن الله سبحانه شرط في تخلصه من القذف، أن يأتي بأربعة شهداء ولم يعلم في الشريعة اشتراط هذا العدد إلا في الزنا واللواط، ولو رماه بالوطء فيما دون الفرج، فقال **ابن القاسم**: يحد لأن ذلك من التعريض، وقال **أشهب**: لا حدّ عليه حكاهما القاضي **أبو محمد**[2].

ثم اللفظ الصادر من القاذف إما أن يكون نصاً في القذف أم لا؟ فإن كان نصاً ترتب الحد بلا خلاف وإن كان من باب دلالة الفحو[3] أو التعريض (فسيجيء)[4] حكم التعريض (ونحن نتبع فروع هذا الأصل فنقول: إن صرح بالقذف أو عرض به حدّ كما سنذكره في التعريض)[5] فإن كان اللفظ محتملاً عوقب بعد أن يحلف أنه ما أراد قذفاً، فإن نكل في هذه الصورة عن اليمين

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) المعونة 3/ 1405.
(3) الفحو: أي فحو الخطاب وهو عند الأصوليين أن ينص على الأعلى، وينبه على الأدنى، أو ينص على الأدنى فينبه على الأعلى مثل قوله تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُم مَّنْ إِن تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَّا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ﴾. ينظر: المعونة في الجدل للشيرازي ص35، تحقيق د. علي عبد العزيز العميريني، جمعية إحياء التراث الإسلامي، الكويت ط1، سنة (1407هـ - 1987م).
(4) في نسخة: «خق»: (فيستوي).
(5) ساقطة في نسخة: «خق».

فهل يحد أم لا بناء على أنه هل هو كالمال (فيحد أو)[1] بخلاف المال فلا يحد قولان في المذهب؛ حكاهما الشيخ **أبو الحسن**[2] وغيره، وإن شتمه بما لا يحتمل القذف عوقب أيضاً لأنه من باب الضرر والأداء للمسلم هذا في الأجنبي (وسيجيء)[3] حكم التعريض في المحتمل.

فرع: لا خلاف أنه إن قال (له): يا زان، أو رماه بالوطء فعليه حدّ القذفة، وإن قذفه ببهيمة أدب أدباً وجيهاً، ولا يحد، إذ لا يحد من أتى بهيمة وكل ما لا يقام فيه الحد فليس على من رمى رجلاً بذلك حدّ[4] الفرية.

فرع: إذا قال له: يا زان، وعلم المقذوف من نفسه ذلك كان له أن يطلب حدّه، ويقوم به، لأن الله سبحانه أمر بالستر.

فرع: لو قال له: يا مخنّث، فرفعه إلى الإمام حلف أنه لم يرد قذفه، وأدب هذا ظاهر (الرواية)[5] عن **ابن القاسم**، وقال غيره: هذا إذا كان في كلامه أو في عمله أو في يديه توضيع وتأنيث وإلّا حدّ ولم يحلف.

فرع: قال **أشهب**: إذا قال لرجل: يا مؤاجر، فعليه الحدّ. وقال **ابن المواز**: أن لا حدّ عليه إلا أن يقول له: يا مؤاجر بارت إجارتك في مشاتمه، فعليه الحدّ، فاعتبر قرينه المشاتمة.

فرع: قال يحيى بن عمر: ومن قال لزوجته وغيرها: يا قحباء فعليه الحدّ[6].

فرع: قال **ابن الماجشون**: من قال لرجل: يا مأبون، وهو رجل في كلامه تأنيث يضرب الكبر ويلعب في الأعراس، ويغني ويتّهم بذلك، فعليه الحدّ إلا أن يثبت ذلك عليه.

---

(1) في نسخة: «ش»: (أم).
(2) التبصرة 3/ 146/ و.
(3) في نسخة: «خق»: (وسنذكر).
(4) في نسخة: «ش»: (إلا حد).
(5) في نسخة: «خق»: (الروايات).
(6) النوادر 14/ 349 ـ 351.

فرع: لو قال لرجل: يا قرّان. قال **ابن القاسم** في كتاب **محمد بن المواز**: يجلد لزوجته إن طلبته، لأنه قذفها دونه. وقال في غير كتاب **ابن المواز**: يحدّ ولم يذكر زوجته. وقال يحيى بن عمر: يجلد عشرين سوطاً ولا حدّ فيه، قال علي: إن قال له: يا قران (جلد)[1] إن كانت له زوجة أو أخت أو جارية وإلا عوقب. وإن كانت له زوجتان فعفت إحداهما وقامت [54/و] الأخرى، فقال: أردت التي عفت حلف أنه أرادها (ولم يحد)[2] فإن نكل حدّ.

فرع: ومن قال لرجل: يا أحمق، فقال: أحمقنا ابن الزانية حدّ. ومن قال لأعزب: يا زوج الزانية، فلا حدّ عليه. وإن قاله للمتزوج فعليه الحدّ. وإن قال له: يا فاجر بفلانة حدّ، إلا أنه تكون له بينة على أمر ما صنعه بها من الفجور[3]. قال **مالك**[4]: وإن قال له: يا فاسق يا فاجر، نكل. وإن قال: يا خبيث، حلف أنه لم يرد قذفاً، فإن نكل نكل ولم يحد. وقال **أشهب**: إن لكل حدّ، وقاله **محمد**، **وابن الماجشون**، وقيل: هو في النساء أشر منه في الرجال، **وأشهب** سوى بين المرأة والرجل، وقال: إن نكل عن اليمين حدّ فيها، وكذلك إن قال له: يا ابن الخبيثة والخبيث أشر من الفاسق لقوله تعالى في اللواط: ﴿وَنَجَّيْنَٰهُ مِنَ ٱلْقَرْيَةِ ٱلَّتِى كَانَت تَّعْمَلُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأنبياء: 74]. ولو قال: جامعت فلانة حراماً حدّ، إلا أن يقيم البيّنة أنه تزوجها (تزويجاً فاسداً ولو قال ذلك في نفسه لم يصدق، ولو قال: كنت تزوجتها)[5] حدّ، إن كان مشاتمة، (ولو)[6] قال بين (أنجادها)[7] فهو تعريض يوجب الحدّ. وقال **أشهب**: لا حدّ عليه لأن عمر بن الخطاب حدّ زياد الذي قال: رأيته بين فخذيها. ولو قال: زنت يدك أو عينك أو فمك، فقال **ابن القاسم**: عليه الحد

---

(1) في نسخة: «خق»: (حد).

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) في جملة هذه الأحكام. ينظر: النوادر 347 ـ 351.

(4) المدونة 16/ 222.

(5) في نسخة: «ش» (ولو قال جامعت أمك حلالاً).

(6) في نسخة: «ش» (وإن).

(7) في نسخة: «ش» (فخذيها).

لأنه تعريض. وقال **أشهب**: لا حدّ عليه. ولو قال لرجل: يا محدوداً في الزنا، حدّ له إلا أن يثبت ذلك عليه، وإن قال: (يا شارب)[1] الخمر، نكل ولم يحدّ، ومن قال لامرأته: يا زانية، فقالت له: زنيت معك. (وقال **أصبغ**)[2] لكل واحد منهما حدّ على صاحبه (لأن كل واحد منهما قذف صاحبه)[3]. قال **ابن القاسم**: تحدّ المرأة للقذف، والزنا إلا أن ترجع على الزنا ولا حدّ عليه في قذفها لأنها صدقته. قال **أشهب** لها أن تقول: إنما قلت ذلك على وجه المجازية ولم أرد قذفاً ولا إقراراً بالزنا فالحدّ (على الرجل)[4] للقذف ولا حدّ عليها.

ولو قال لرجل: يا زان، فقال له: أنت أزنى مني، فعليهما الحد. وإن قال له: يا ابن الزانية، فقال له: لعن الله ابن الزانية. فقال **أصبغ**: هو تعريض يحدّ له. وقال **ابن القاسم**: يحلف الثاني ما أراد قذفاً ولا حدّ عليه، فإن نكل سجن، وقيل: يحدّ إن نكل[5]، ولو قال لجماعة: من ركب منكم دابتي أو لبس ثوبي فهو ابن لزانية، فإن كان قد فعل ذلك أحدهم حدّ له (وإن أراد)[6] من يفعل ذلك في المستقبل ففعله أحدهم فلا حدّ عليه وهو شتم، وكذلك كل ما لا يجوز فعله إلا بإذنه، فأما الأمر العام مثل: أن يقول: كل من دخل المسجد أو الحمام فهو زان فعليه الحد دخل (أحد)[7] أم لا؟ أراد الماضي أو المستقبل أم لا؟ فإنه يحدّ ساعتين ولو طلب بحق حجده فقال له الطالب: فلان وفلان يشهدان عليك، فقال: من يشهد عليّ منهما فهو ابن الزانية، فشهدا عليه أو أحدهما فعليه الحدّ، ولو قيل له: ذكر عنك أنك فعلت كذا وكذا فقال: من ذكر (ذلك)[8] عني فهو ابن الزانية فعليه الحد، ولو ذكر شيئاً

---

(1) في نسخة: «ش» (في شرب).
(2) ساقطة في نسخة: «ش».
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) في جملة هذه الأحكام. ينظر: النوادر 14 ـ 335، وما بعدها؛ المنتقى 9/ 176.
(6) ساقطة في نسخة: «ش».
(7) ساقطة في نسخة: «ش».
(8) ساقطة في نسخة «ش».

سوى الفاحشة نكل بقدر المقول فيه والقائل: (فمن عرف منه الأدنى زيد في عقوبته سيما إن قال ذلك لرجل فاضل، فإن كان القائل)[1] من أماثل الناس وكانت منه فلتة كانت عقوبته أخف. قال **مالك**: «يتجافى[2] السلطان عن ذي المروءة. قال **مالك** في كتاب **محمد**، ومن قذف رجلاً بالزنى فجاء باثنين يشهدان أن القاضي ضرب هذا المقذوف في الزنى بشهادة أربعة، قال: (لا يتجافى)[3] ذلك القاذف، ويحد هو والشهود إذا كانوا أقل من أربعة، وفي هذا نظر لأنهما لم يقولا له: يا زان، إنما شهدا على حكم، فالظاهر على أن لا حدّ عليهما، وفي وجوب الحدّ بعد شهادتهما على القاذف نظر لصحة سقوطه عنه لقيام الشهادة. قال **مالك**: ومن قال لرجل: يا شارب الخمر، أو يا خائن، أو يا آكل الربا، أو يا حمار، أو يا ابن الحمار، أو يا ثور، أو يا خنزير، فعليه النكال[4]. وقال **أشهب**: إذا قال له: يا حمار، فعليه الحد. حكاه الشيخ **أبو الوليد**.

فأما الشرط الثاني في الشيء المقذوف به وهو نفى نسب المقذوف عن أبيه فقط، وهو أيضاً موجب للحدّ بلا خلاف، وذلك لأن فيه معرة على المقذوف، وعلى أبويه، وقيّد بالأب فقط تحرزاً من الأم، لأنه لو نفاه عن (أبيه حدّ ولو نفاه عن)[5] أمه لم يحدّ لأن لحوقه بأمه مشاهد (ظاهر)[6] إذا الولادة مما يدرك بالعيان، وتقوم عليها الشهادة القاطعة فنافيه عن أمه كاذب ولا يلحقه بالكذب في ذلك معرفة بخلاف أن ينفيه عن أبيه، لأن لحوق نسبه بأبيه حكم لا حسي فنافي النسَب عن أبيه لا يعلم صدقه [54/ظ] من كذبه فيلحق المقذوف بذلك معرة، ونافي نسبه عن أمه يعلم كذبه، إذ الولادة ـ كما ذكرنا ـ تدرك بالعيان هذا الذي اعتمد عليه علماؤنا في الفرق بين (نفي النسب

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) المدونة 16/ 223، ونصها: يتجافى السلطان عن الفلتة التي تكون من ذوي المروءات.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) المدونة 16/ 223.

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) في نسخة: «ش»: (بالحس).

عن أبيه، أو أمه)[1]، قال بعض العلماء: إنه مقتضى قوله تعالى: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ﴾ الآية [الأحزاب: 5].

قال الإمام **أبو عبد الله**: اختلف في الوجه الذي يوجب الحدّ على قاطع النسب فقال: لأن الأم زنت به وألحقته بهذا الأب، وقيل: لأن الأب زنى مع غير هذه الذي تقول: إنها ولدته، وقيل: لأن ذلك زنى من غير هذين وإنما أتت به ولم تلده.

فرع: إذا قطع نسب رجل (حدّ)[2] مسلم حدّ له كان أبوه حراً، أو عبداً كافراً، أو مسلماً، لا اعتبار في ذلك بالولد دون الأبوين للحوق المعرة به.

الضابط الكلي في هذا أنهم - أعني الولد والأبوين - إما أن يكونوا كلهم أحراراً أو كلهم مماليك، أو بعضهم، وبعضهم، فإن كانوا كلهم مماليك أو كفاراً - فلا حدّ - على القاذف كما لو قذفهم بالزنا أو باللواط، وإن كانوا كلهم أحراراً فلا إشكال في وجوب الحدّ، وإن كان الولد مسلماً حراً وجب الحدّ من غير اعتبار بحال الأبوين، وإن كان الأبوان حرين مسلمين دون الابن حدّ لقذف الأم، وإن عفت فلا مقال للأب، ولا للابن كالأب، وإن كانت الأم وحدها حرة حدّ بقذفها، ولها العفو وهو أبين لمن تأمله.

فرع: إذا قال لرجل: ما لك أصل ولا فصل. ففي العتبية قال **مالك**: لا حدّ فيها، لأنه نفى الشرف. وقال **أصبغ**: عليه الحدّ ورآه نفياً للنسب وقيل: إن كان من العرب ففيه الحدّ وإلّا فلا[3].

فرع: لو قال له: يا ابن منزلة الركبان، ففي الواضحة أنه يحدّ. وكذلك لو قال: يا ابن ذات الراية، لأن المرأة في الجاهلية كانت تنزل الركبان وتجعل على بابها راية، وذلك فعل (البغاة)[4][5].

(1) في نسخة: «ش»: (النفي عن أب، وعن أم).
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) النوادر 14/ 334؛ المنتقى 9/ 168.
(4) في نسخة: «ش»: (البغايا فيهن).
(5) النوادر 14/ 344؛ المنتقى 9/ 168.

فرع: إذا نفى مجهولاً عن نسبه لم يحدّ إذ لا يثبت للمجهولين ما ادعوه من الأنساب. رواه **محمد بن المواز**.

فرع: لو قال في جماعة: أحدكم زان، لم يحد، إذ لم يعرف (من أراد)[1]، وإن قال به جميعهم فقد قيل: لا حدّ عليه. حكاه **الباجي**، إذ لم تتعلق المعرة بواحد معين وهو الظاهر[2].

فرع: إذا قال لابن أمة أو كتابية: يا ابن الزانية، فلا حدّ عليه لأنه قذف لأمه. لو قال له: يا ابن الزانية، ففيه الحدّ لأنه قطع لنسبه، حكاه القاضي **أبو محمد**[3].

فرع: إذا قال: يا منبوذ، فعليه الحد، لأنه عرض بنفي نسبه[4].

فرع: إذا قال لرجل: لا أبا لك. ففي الموازية عن **مالك**: «لا شيء عليه إلا أن يريد النفي (لأنه مما يقوله الناس في حال الرضا، قال غيره: إن قاله على وجه المشاتمة والغضب فهو أشد فيحلف أنه ما أراد النفي)[5]، فإن حلف خلي وإن نكل نكل»[6].

فرع: لو قال له: أنت ابن فلان ونسبه إلى عمه أو خاله، أو زوج أمه حدّ. وقال **أشهب**: لا حدّ عليه إلا أن يكون في مشاتمة[7] وهذا صواب، لأن العم قد يسمى أباً قال الله العظيم: ﴿نَعۡبُدُ إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبۡرَٰهِـۧمَ وَإِسۡمَٰعِيلَ وَإِسۡحَٰقَ﴾ [البقرة: 133] فجعل العم أباً.

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».

(2) المنتقى 9/ 169.

(3) المعونة 3/ 1410، قال القاضي: إذا قال لابن أمة أو كتابية يابن الزانية فلا حد عليه، فإن قال يابن زنية فعليه الحد، والفصل بينهما أن قوله يابن زنية نفى له من نسبه، وإضافته إلى فعل لا يلحق الولد فيه، وقوله: يابن الزانية قذف لأمه لا نفي لنسبه.

(4) المعونة 3/ 1410.

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) النوادر 14/ 322.

(7) النوادر 14/ 325؛ المنتقى 9/ 170.

فرع: لو قال له: يا ابن اليهودي أو النصراني أو الأقطع أو الخياط، حدّ، إلا أن يكون (ذلك)[1] في آبائه[2]. قال **مالك**: إلا أن يكون من العرب أو من الموالي. وقال **ابن وهب** عن **مالك**: أنه يحد له إن قاله لعربي أو مولى[3]، ولو قال له: يا ابن زينب وليس في أمهاته من اسمها زينب حدّ له، لأنه قذف أباه وحمله على غيره أمه. ولو قال لولد قرشية: يا ابن البريرية فلا شيء عليه، إذ ليس في الأم نفي. وقال **مطرف**: (يحدّ)[4] لأنه حمل أباه على غير أمه[5]، ومن نسب رجلاً إلى غير أبيه أو جدّه فعليه الحد، وإن لم يكن على وجه المشاتمة. وقال **أشهب**: لا يحدّ إلا أن يقوله على وجه المشاتمة ولو نسبه إلى جده في مشاتمه لم يحدّ، لأن الجد أب. وقال **أشهب**: يحدّ إذا اتهم الجد بأمه[6].

وفروع هذا الباب كثيرة ولم يتعرض القاضي لنفي رجل من ولائه. ونص في **المعونة** وغيرها على أنه إذا نفى رجل من ولائه فهو كنفيه إياه من نسبه لقوله ﷺ: **(الولاء لحمة كلحمة النسب)** فإذا وجب الحد في نفي النسب، وجب في (نفي)[7] الولاء. وقال بعض شيوخنا: هذا فيه نظر، ويجب أن لا يثبت الحدّ في نفي الولاء لأنه معلوم بالعتاقة، وهي ثابتة بالحس كما في ولد الأم عن أمه (ولعلّ الذي عدل)[8] عليه القاضي بأن العتاقة وإن كانت معلومة بالمشاهدة فهو متوقفة على ثبوت الملك وهو مما يثبت حكماً لا مشاهدة.

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) عيون المجالس 5/ 2115.

(3) المنتقى 9/ 171.

(4) ساقطة في نسخة: «ش».

(5) النوادر 14/ 338.

(6) المنتقى 9/ 170، قال الباجي: ومن نسب رجلاً إلى غير أبيه، فقال: أنت ابن فلان، ونسبه إلى غير أبيه أو غير جده، فقد قال ابن القاسم: عليه الحد، وإن لم يقله على سباب، ولا غضب إلا أن يقوله على وجه الإخبار، وقال أشهب: لا يحد إلا أن يقوله على وجه السباب، لأنه قد يقوله وهو يرى أنه كذلك.

(7) ساقطة في نسخة: «ش».

(8) ساقطة في نسخة: «ش».

قوله: «ويلزم (الحد)[1] **بالتعريض الذي يفهم منه القذف»** وهذا كما ذكره وهو **صريح** مذهب مالك[2]، وخالفه فيه **الشافعي وأبو حنيفة** قالا: لا حدّ في التعريض[3]، والدليل على صحة ما ذهب إليه **مالك** إجماع أهل اللسان العربي على أن التعريض يقوم مقام الصريح وضعاً، وقد جلد عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعمر بن عبد العزيز وغيرهم من الخلفاء في التعريض[4]، وقد قال تعالى في التعريض حاكياً من قوم شعيب: ﴿إِنَّكَ لَأَنتَ ٱلْحَلِيمُ ٱلرَّشِيدُ﴾ [هود: 87].

وإذا كان التعريض في (عرف)[5] اللغة ومعهود التخاطب يقوم مقام التصريح وجب الحدّ به.

قال بعض علماؤنا: لا عذر **للشافعي** في إسقاط الحد في التعريض، لأنه عربي فصيح ثابت القدم في علم اللسان، فرب تعريض وإبهام أفصح من صريح الكلام. وإذا أجرينا التعريض مجرى التصريح كان ذلك عاماً في كل معرض. وروى عن **مالك** أنه لا يحدّ الأب في التعريض إلا أن يصرح، لأن عند الأب من الشفقة وصلة النسب ما ليس عند الأجنبي. وروى **الأصبغ** عن **مالك** أنه لا يجلد الأب إذا قذف ابنه (لا في تعريض ولا في صريح، والمعتمد عليه من مذهب **مالك** وأصحابه أن الأب يجلد لقذف ابنه)[6] إذا طلب ابنه ذلك في الصريح، وفي التعريض خلاف وتسقط عدالة الابن بذلك إذا طلبه لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: 23]. ورواه **ابن المواز** عن **مالك**. وكذلك اختلف المذهب في التعريض من الزوج هل هو كالتعريض من الأجنبي أم لا؟ وفيه قولان عندنا. قال **ابن الماجشون**: من قال في المشاتمة إنك لعفيف الفرج حد، قال **ابن القاسم** ولو قال فعلت بفلانة في أعكافها، أو

---

(1) ساقطة في نسخة: «غ».
(2) التفريع 2/ 226؛ المعونة 3/ 226؛ الكافي ص576.
(3) مختصر الطحاوي ص265؛ الإقناع للماوردي ص170.
(4) المنتقى 9/ 167.
(5) في نسخة: «خق»: (حكم) عوض (عرف).
(6) ساقطة في نسخة: «خق».

بين فخذيها حد، لأنه تعريض، وقال **أشهب**: لا يحد ومن قال لرجل يابن العفيفة، قال **ابن وهب**: بلغني عن **مالك** أنه يحلف ما أراد القذف، ويعاقب، وقال **أصبغ** إن قاله على وجه المشاتمة -حد[1]، وههنا مسائل تتعلق بالعفو عن الحد في الصريح والتعريض والمعتمد عليه من القول في ذلك أن قول **مالك** قد اختلف في حد القذف هل حق الله تعالى، وبه قال **أبو حنيفة**، أو حق الآدمي، وبه قال **الشافعي** وعن **مالك** الروايتان المشهور عنه أنه حق الآدمي[2]، فكان الواجب على مقتضاه (جواز)[3] العفو عنه بلغ الإمام أم لم يبلغ على مقتضى القول (الآخر)[4] أنه حق الله فالعفو (عنه)[5] غير جائز أيضاً بلغ أم لا؟ إلا أن المشهور عنه أن إن بلغ الإمام لم يجز العفو إلا أن يريد المقذوف ستراً على نفسه، وإن لم يبلغ جاز العفو مطلقاً، قال الشيخ **أبو الوليد** في منتقاه: «اختلف قول **مالك** في غير الأب. ففي المدونة [55/و]: كان **مالك** يجيز العفو بعد أن بلغ الإمام، قال في كتاب **ابن المواز** وإن لم يرد ستراً قال: ثم رجع **مالك** فلم يجزه بعد البلوغ، إلا أن يريد ستراً، وأما قبل البلوغ فالعفو جائز. رواه **ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم**، وقول **أشهب**: ليس بلازم، وله القيام به متى شاء إلا أن يريد ستراً. قال **مالك**: مثل أن يكون قد ضرب الحدّ قديماً فيخاف أن يظهر ذلك عليه. قال **أصبغ**: إن عفا وقال: أردت ستراً لم يقبل منه بعد البلوغ، ويكشف الإمام عن ذلك، فإن خاف الإمام أن يثبت ذلك أجاز عفوه. وقال **ابن الماجشون**: يقبل قوله: إن قال: أردت ستراً ولا يكشف الإمام عن ذلك[6].

فرع: قال الشيخ **أبو إسحاق التونسي** في تعليقاته وإذا بلغ الإمام أو

---

(1) المنتقى 9/ 167.
(2) المقدمات 3/ 266؛ بداية المجتهد 2/ 698/ز.
(3) في نسخة: «خق»: (حق له).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) المنتقى 9/ 162 ـ 163.

الشرط أو الحرس لم يجز العفو فيه، لا فانظر كيف أنزل الشرط، والحرس منزلة الإمام[1]، وكذلك حكاه القاضي **أبو الوليد**.

فرع: إذا عفا عنه، ثم قام فليس له ذلك عند **ابن القاسم**، وذلك له عند **أشهب** بناء على أنه حق لله سبحانه[2]. قال **الشيخ أبو إسحاق** في تعليقاته: يجب على هذا أن يقوم به غير المقذوف، لأنه حق لله سبحانه. ووقع **لابن القاسم** إذا قذف رجل رجلاً عند الإمام بحضرة عدول أقام عليه الحدّ، وتأوله **محمد** أن ذلك بعد قيام المقذوف به، والعفو في النكال والتعزيز جائز بخلاف الحدّ.

فرع: في العتبية عن **أشهب** عن **مالك**: لا يجوز لقاذف أن يعطي المقذوف ديناراً على أن يعفو عنه بناء على أنه حق لله سبحانه، وعلى قول **مالك** حق للمقذوف، فله أن يأخذ عليه كما له أن يأخذ على إسقاط الشفعة، وللمرأة أن تأخذ على إسقاط حقها من القسم ونحو ذلك.

فرع: للمقذوف أن يكتب كتاباً أنه متى شاء قام بطلب الحدّ. قال **مالك**: وأنا أكرهه، وذلك إذا كان قبل البلوغ[3].

فرع: لو أقام بينة على قاذفه عند الإمام، ثم أكذبهم، وأكذب نفسه. ففي الموازية لا يقبل منه ويحدّ القاذف (لأنه كالعفو، ولو صدقه القاذف، فأقرّ على نفسه بالزنى، قال **أصبغ**: إن ثبت على إقراره جلد للزنى، ولم يحدّ القاذف)[4] وإن رجع عن إقراره بعذر درئ عنه الحدّ أعني القاذف. قال **ابن حبيب**: وهذا أحب إليّ ما لم يثبت أنه أراد بإقراره إسقاط الحدّ عن القاذف فيسقط إقراره[5].

قوله: **«وحدّ القذف مختلف بالحرية والرق»** وهذا كما ذكره وهو صريح

---

(1) المدونة 16/ 216.
(2) المنتقى 9/ 162 ـ 163.
(3) المنتقى 9/ 163.
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) المنتقى 9/ 163.

مذهب **مالك** وجميع أصحابه أن حدّ العبد في القذف أربعون، لأنه على الشطر من الحر[1]. روى **مالك** في موطئه أن **عمر بن عبد العزيز** جلد عبداً في فرية ثمانين. قال **أبو الزناد**: فسألت عن ذلك عبد الله بن عامر[2] فقال: أدركت **عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان** والخلفاء هلمّ جرّا فما أدركت أحداً جلد عبداً في فرية أكثر من أربعين[3]. والذمي كالمسلم قياساً، ولا يكون الذمي أحسن حالاً من المسلم.

قوله: «والحدود كلها سواء في الإيجاع والصفة» وهذا كما ذكره، وحكم ذلك أن يكون وسطاً بين القوة واللين اعتماداً على ما رواه **مالك** أن رسول الله ﷺ: (أتى برجل اعترف على نفسه بالزنا فأتى بسوط لم يقطع ثمرته، فقال: دون هذا، ثم أوتي بآخر مكسور فقال فوق هذا)[4] وخرّج **أبو داود** عن أبي أمامة بن سهل بن حنين عن بعض أصحاب النبي ﷺ: **(أنه اشتكى رجل منهم حتى أضني فعاد جلده على عظم فدخلت عليه جارية لبعضهم فهشّ لها فوقع عليها، فلما دخل عليه رجال من قومه يعودونه أخبرهم بذلك فقال: استفتوا لي رسول الله ﷺ فإني قد وقعت على جارية دخلت عليّ فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ وقالوا: ما رأينا بأحد من الناس من الضر مثل الذي هو به لو حملناه إليك لتفسخت عظامه ما هو إلا جلدة على عظم، فأمر رسول الله ﷺ أن يأخذوا له مائة شمراخ[5] فيضربونه بها ضربة واحدة)**[6].

---

(1) المعونة 3/ 1407.

(2) عبد الله بن عامر بن ربيعة العنزي المدني أبو محمد، ولد في عهد النبي ﷺ روى عن أبيه وعمر وعثمان وغيرهم وعنه الزهري ويحيى بن سعيد الأنصاري، توفي سنة بضع وثمانين. ينظر: تهذيب التهذيب 5/ 270 ـ 271.

(3) الموطأ، كتاب الحدود، باب الحد في الذف والنفي والتعريض، حديث (1513) 2/ 828.

(4) الموطأ، كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا، حديث (1508) 2/ 825.

(5) الشمراخ: هو الذي عليه البسر. ينظر: غريب ابن قتيبة 1/ 154.

(6) سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب إقامة الحد على المريض، حديث (4472) 4/ 161.

واختلف المحدثون في (صحة)[1] إسناد هذا الحديث[2]، كما اختلف الفقهاء في الأخذ بمقتضاه. فأخذ به **الشافعي**[3] وعضده بقوله سبحانه في قضية أيوب عليه السلام: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَٱضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ﴾ [صٓ: 44] وأباه علماؤنا كافة إلا القليل منهم. وذكر **الزمخشري** في تفسير القرآن، وهو من فحول العلماء في ليط[4] الجلد المنصوص عليه في الوحي: «أشار إلى أنه لا ينبغي أن يتجاوز اللحم»[5] رفقاً من الله سبحانه بخلقه ورحمة. قلت: كما أن في قوله ﷺ لهلال بن أمية حين **قذف امرأته بشريك بن سحماء أربعة، وإلا حدّ في ظهرك فقال: يا رسول الله إني لا أرجو أن ينزل الله ما يبرئ ظهري)** خرّجه الشيخان[6]. ففي لفظ: «الظهر» إشعار بأنه لا يتعدى في الحدود إلى غيره من الأعضاء كما ذكرنا عن **مالك**، وكذلك في التعزير (والضرب فيما خف أمره من التعزيز)[7] على ثيابه وعلى رأسه حكاه الشيخ **أبو الحسن اللخمي** وغيره.

قوله: «وما كان منها من جنس واحد وسببه واحد تداخل (وأجزى)[8] واحد عن جميعه»: وهذا كما ذكره لأنها إذا كانت (بسبب واحد)[9] كتكرار الإيلاج والاجتراع جرعة بعد جرعة، والأحداث المكررة قبل الطهارة، فيترتب عن جميعه حكم واحد في هذه الصور كلها[10]، ومن أهل العلم من رأى أنه

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) نيل الأوطار 7/ 284، قال الشوكاني: في إسناده عبد العلي بن عامر الثعلبي قال المنذري لا يحتج.

(3) المهذب 2/ 271.

(4) الليط مفرد الليطة وهي القشرة الرقيقة للقصب. ينظر: النهاية في غريب الحديث 4/ 120.

(5) الكشاف 2/ 82.

(6) سبق تخريجه.

(7) ساقطة في نسخة: «خق».

(8) في نسخة: «غ»: (أجزأ).

(9) ساقطة في نسخة: «خق».

(10) حاشية العدوي 2/ 302، وفيها أن من قذف شخصاً واحداً مراراً كثيرة فعليه حد واحد إذ لم يحد لواحد منها، وكذلك إذا قذف جماعة في كلمة واحد فليس عليه إلا حد واحد.

إذا قذف جماعة بكلمة واحدة، فعليه حدّ لكل واحد منهم، وقضية الإفك ترد عليهم، ولو كان الأمر كما قاله المخالف لحدّ ﷺ حدّين حدّ لعائشة وحدّ لصفوان [55/ظ]، فإن اختلفت الأسباب لم تتداخل الحدود، واستوفى جميعها كالزنى والشرب والقذف (إلا أن يكون أحدهما فرعاً عن الآخر كالشرب والقذف)[1] فإن الصحابة لما اختلفوا في تقدير حدّ الشرب قالوا: نرى أنه إذا شرب سكر، وإذا سكر افترى، فيجلد جلد المفتري. فإن كانت الحدود أجناساً مختلفة كالزنى وشرب الخمر والقطع استوفى الحدّان إلا أن يكون فيها قتل، فإن ما دونه يدخل فيه القذف، فإن قذف حدّ، ثم قتل، لأن المعرة اللاحقة للمقذوف لا نزول بقتله في حق غيره واختلف في فروع من هذا النمط وهو إذا قذف فحدّ فلم يكمل الحدّ حتى قذف ثانية رجلاً آخر: هل يبتدئ الحد الثاني أم لا؟ ثلاثة أقوال: الابتداء، والإتمام للأول والثاني، والفرق بين أن يذهب من الحدّ الثاني اليسير كالأسواط العشرة فما دونها فيتمادى، ويجزئه عنهما، أو الكثير فيبتدئ للثاني حدّاً ثانياً وعلى قول **أشهب**: إذا ذهب من الحدّ اليسير، وما يقرب منه استؤنف لهما، فكان ما بقي من الحد الأول لهما، ويتم للمقذوف الثاني بقية حدّه وحده، وإذا لم يبق من حق الأول إلا اليسير كمل الحدّ الأول وابتدئ للثاني. وعند **ابن القاسم** متى مضى شيء من الحد للأول (استؤنف حدّ القذف للثاني الحدّ لهما، ولا يحتسب بما مضى من الحدّ الأول)[2] وهذه كلها اختيارات مذهبية[3]. قال **ابن القاسم**: ومن اجتمع عليه قصاص في بدنه وحدود لله برئ بما هو لله[4]، لأنه آكد إذ لا عفو فيه، وإن سرق وزنى وهو محصن رجم، ولم يقطع، لأن القطع يدخل في القتل.

قوله: «ومن سبّ النبي ﷺ قتل»: وهذا كما ذكره ولا خلاف بين الأمة فيه، لأن ذلك أعمّ على ارتداده. قال الله العظيم: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) المنتقى 9/ 164.
(4) المدونة 16/ 212.

﴿يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ الآية [النساء: 65] فجعل اعتقاد إصابته في الحكم شرطاً في الأيمان. وخرّج **أبو عبد الرحمٰن النسائي** عن أبي هريرة قال: **(مررت عن أبي بكر وهو متغيظ على رجل من أصحابه فقلت: يا خليفة رسول الله، من هذا الذي تغيظ عليه، فقال: ولِمَ تسأل؟ قلت: أضرب عنقه؟ قال: فوالله لأذهب كلمتي غضبه، ثم قال: ما كانت لأحد بعد محمد ﷺ**[1]. وروى **أبو داود** من حديث عكرمة عن ابن عباس **أن أعمى كانت له أم ولد تشتم النبي ﷺ وتقع فيه فينهاها فلا تنتهي، ويزجرها فلا ينزجر، قال: فلما كان ذات ليلة جعلت تقع في النبي ﷺ وتشتمه فأخذ المغول**[2] **فوضعه في بطنها، واتكأ عليها فقتلها فوقع بين رجليها طفل فلطخت ما هناك بالدم فلما أصبح ذكر ذلك لرسول الله ﷺ فجمع الناس فقال: أنشد الله رجلاً فعل ما فعل لي عليه حق إلا قام فقام الأعمى يتخطى الناس وهو يتزلزل حتى تعد بين يدي النبي ﷺ فقال: يا رسول الله أنا صاحبها كانت تشتمك وتقع فيك فأنهاها فلا تنتهي وأزجرها فلا تنزجر ولي منها ابنان مثل اللؤلؤتين، وكانت بي رفيقة، فلما كان البارحة جعلت تشتمك وتقع فيك، فأخذت المغول في بطنها فاتكأت عليه حتى قتلتها، فقال النبي ﷺ: (ألا اشهدوا أن دمها هدر)**[3] ولعلّه ﷺ علم بالوحي صحة قول الأعمى، فلذلك أهدر دمها.

فرع: إذا وجب قتل من سبّ النبي ﷺ فهل يستتاب أم لا؟ سمعت أشياخنا يحكون فيه قولين: المشهور أنه لا يستتاب[4]، وإذا كانت توبة القاذف لغيره لا يسقط عنه حدّ القذف ففي قذفه ﷺ أولى، والشاذ أنها تقبل، لأنها ردّة، والمرتد يستتاب. واختلف قول **مالك** في الكافر: إذا تاب بالإسلام من

---

(1) سنن النسائي، كتاب تحريم الدم، باب ذكر الاختلاف على الأعمش في هذا الحديث، حديث (4073) 7/ 109.

(2) المغول: شبه الخنجر، أو سيف قصير يشده الفاتك على وسطه للاغتيال. ينظر: الفائق 1/ 212؛ النهاية في غريب الحديث 3/ 397.

(3) سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب الحكم فيمن سب النبي ﷺ، حديث (4361) 4/ 129.

(4) النوادر 14/ 526؛ المعونة 3/ 1409.

سبّه ﷺ هل يسقط عنه سبّه أم لا؟[1]. فمن قبل إسلامه، وأسقط ما قبله اعتمد على قوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: 38] وعلى قوله ﷺ: (**الإسلام يجب ما قبله**)[2] ولأن ذلك ليس أعظم من كفره، والكفر ممحو بالإسلام ومن لم يقبل إسلامه فلتعظم حرمة رسول الله ﷺ، وأما من سبّ الله تعالى فحكمه أن يقتل، وهل يستتاب أم لا؟ سمعت الأشياخ يحكون فيه قولين: أشهرهما: أن توبته مقبولة، وفرّقوا بينهما، ولم يزل ذلك يجري في المذاكرات، وكذلك من تنقص رسول الله ﷺ أو استهزأ بحديثه، وضحك عند سماعه شيئاً منه استخفافاً به، أو قال: إن إزاره وسخ فإنه يقتل ولا يستتاب[3].

(1) النوادر 14/ 526.

(2) سبق تخريجه.

(3) النوادر 14/ 529.



كتاب القطع[1]

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**ويجب القطع (في السرقة)[2] باجتياع أوصاف**» إلى آخر الفصل.

السرقة: أخذ المال من حرز. والدليل على صيانة المال هو بعينه الدليل على صيانة الأعراض، وقد تقدم ذكره، والدليل على وجوب القطع في السرقة قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: 38] قدره سيبويه فيما يتلى عليكم حكم السارق والسارقة وجعل: ﴿فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ جملة ثانية[3]، وجعل الفراء[4] وغيره مبتدأ، وجملة الأمر خبر عنه[5]، وقرئ بالنصب[6] من باب الاشتغال[7] [56/و] وثبت أن رسول الله ﷺ قال: (لا

---

(1) المقصود كتاب القطع في السرقة، والسرقة: في اللغة أخذ الشيء في خفاء وستر وفي اصطلاح الفقهاء عرفها ابن عرفة بأنها: أخذ مكلف حراً لا يعقل لصغره ومَالاً محترماً لغيره أخرجه من حرزه بقصد واحد خفية لا شبهة له فيه. ينظر: معجم مقاييس اللغة 3/ 154؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 949.

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) الكتاب لسيبويه 1/ 71 ـ 72؛ مطبعة بولاق بمصر، سنة (1316هـ).

(4) أبو زكرياء يحيى بن زياد الفراء، من مؤلفاته: معاني القرآن كان مولى بني أسد من أهل الكوفة، أخذ عن الكسائي، وأخذ عنه سلمة بن عاصم ومحمد بن الجهم النمري وغيرهما، وكان إماماً ثقة، من مؤلفاته: معاني القرآن توفي سنة (207 ـ 823). ينظر: طبقات النحويين واللغويين لأبي بكر محمد بن الحسن الزبيدي ص143 ـ 146، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، ط أولى، سنة (1373هـ ـ 1954م)؛ نزهة الألباء في طبقات الأدباء لابن الأنباري ص81؛ تحقيق د. إبراهيم السامرائي، نشر مكتبة الأندلس، بغداد ط. ثانية سنة (1970م).

(5) معاني القرآن للفراء 1/ 306، دار السرور، بيروت، لبنان (د ت).

(6) إملاء ما من به الرحمن من وجوب الإعراب والقراءات للعكبري 1/ 120.

(7) الاشتغال عند النحاة معناه: أن يتقدم اسم ويتأخر عنه فعل عمل في ضمير ذلك =

يقطع السارق إلا في ربع دينار فصاعداً)[1]، وقال ﷺ: **(لا قطع إلا فيما بلغ ثمن المجن)**[2][3] وقال ﷺ: **(لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده، ويسرق الحبل فتقطع يده)**[4]. قال **البخاري**: قال **الأعمش**: كانوا يرون أنه بيض الحديد والحبل كانوا يرون الذي منها ما يساوي ثلاثة دراهم[5]. قال **ابن قتيبة**: الحبل حبل السفينة[6]، وهو خطأ، وإنما مخرجه على المبالغة والله

= الاسم، أو في سببيه، وهو المضاف إلا ضمير الاسم السابق، واختلف النحاة في ناصبه، فذهب الجمهور إلى أن ناصبه فعل مضمر وجوباً، ويكون الفعل المضمر موافقاً في المعنى لذلك المظهر، وقيل منصوب بالفعل المذكور بعده وهو مذهب الكوفيين، وإلى هذا أشار ابن مالك في الألفية:

إن مضمر اسم سابق فعلاً شغل ... عنه بنصب لفظه أو المحل

فالسابق يصبه بفعل أضمرا ... حتماً موافق لما قد أظهرا

ينظر: ألفية ابن مالك بشرح ابن عقيل ص200.

(1) حديث: **(لا يقطع السارق إلا في ربع دينار فصاعداً)**: صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصابها، حديث (1684) 3/ 1312؛ سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب ما يقطع فيه السارق، حديث (4383) 4/ 136؛ سنن النسائي، كتاب قطع السارق، باب ذكر اختلاف أبي بكر بن محمد وعبد الله بن أبي بكر عن عمرة في هذا الحديث، حديث (4932) 8/ 80.

(2) المجن: هو الترس لأنه يوارى حامله. ينظر: النهاية في غريب الحديث 1/ 308.

(3) حديث: **(لا قطع إلا فيما بلغ ثمن المجن)**: صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب قول الله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ ...﴾، حديث (6416) 6/ 2492؛ صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب حد السارق ونصابها، حديث (1685) 3/ 1313؛ سنن أبي داود، كتاب اللقطة، حديث (1710) 2/ 136؛ سنن النسائي، كتاب قيام الليل وتطوع النهار، باب ذكر الاختلاف على الزهري، حديث (4915) 8/ 77؛ سنن ابن ماجه، كتاب الحدود، باب حد السارق، حديث (2586) 2/ 862.

(4) حديث: **(لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده، ويسرق الحبل فتقطع يده)**: صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب لعن السارق إذا لم يسم، حديث (6401) 6/ 2489؛ صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب حد السارق، حديث (1687) 3/ 1314؛ سنن النسائي، كتاب قطع السارق، باب تعظيم السرقة، حديث (4873) 8/ 85؛ سنن ابن ماجه، كتاب الحدود، باب حد السارق، حديث (2583) 2/ 862.

(5) صحيح البخاري 6/ 2488.

(6) تأويل مختلف الحديث ص195، تحقيق محمد محيي الدين الأصغر، المكتب =

أعلم. وروى **أبو داود** في سننه أن النبي ﷺ: **(قطع يد رجل سرق ترساً من صفة النساء قيمته ثلاثة دراهم**[1]**، وقاطع عثمان في أترجة واشترط في السارق أن يكون بالغاً عاقلاً لقوله** ﷻ: ﴿جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا﴾)[2] والجزاء لا يترتب إلا على فعل مكلف، وأن يكون غير ملك للمسروق منه تحرزاً من العبد يسرق من مال سيده، (وكذلك المدبر والمكاتب وأم الولد لا يقطع واحد من هؤلاء إذا سرق من مال سيده اعتماداً على ما روى أن عمر بن الخطاب رفع إليه عبد سرق من مال سيده)[3]، فقال: عبدكم سرق متاعكم فلا قطع عليه[4] ولأن القطع مشروع لصيانة الأموال وقطع يد العبد إذا سرق من مال سيده إتلاف لماله، ولأن القطع متعلق بالضمان، فإذا لم يضمن العبد ما أهلك من مال سيده لم يقطع في سرقته. وروى **أبو مصعب** عن **مالك** أن العبد يقطع إذا سرق من مال سيده من موضع حجبه منه[5]، ثم اشترط في المسروق أن يكون نصاباً أو ما قيمته نصاباً، وهو كما ذكره، وهو مذهب **مالك** وجميع أصحابه خلافاً لمن أوجب القطع في سرقة القليل والكثير[6] تعلقاً بعموم الآية. وظاهر حديث عائشة أن ثمن المجن الذي قطع فيه رسول الله ﷺ ربع دينار (وعن ابن عباس ثمنه عشرة دراهم، وعن **أنس بن مالك**: ثمنه دينار)[7][8].

= الإسلامي دار الإشراق، ط. أولى سنة (1409هـ ـ 1980م). إلا أن عبارة ابن بزيزة: قال ابن قتيبة: الحبل حبل السفينة وهو خطأ. توهم أن هذا قول لابن قتيبة وأن ابن بزيزة خطأه فيه، والأمر ليس كذلك، بل هو قول حكاه ابن قتيبة عن بعض الفقهاء، ولم يرتضه. قال ابن قتيبة: ومن الفقهاء من يذهب إلى أن البيضة في هذا الحديث، بيضة الحديد التي تغفر الرأس في الحرب، وأن الحبل من حبال السفن قال وكل واحد من هذين يبلغ دنانير كثيرة وهذا التأويل لا يجوز عند من يعرف اللغة ومخارج كلام العرب...

(1) سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب ما يقطع فيه السارق، حديث (4386) 4/ 136.
(2) جزء من الآية السابقة ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾.
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) سنن البيهقي الكبرى 8/ 281.
(5) المعونة 3/ 1415.
(6) كالحسن وداود، وابن بنت الشافعي والخوارج. ينظر: المغني 8/ 242.
(7) ساقطة في نسخة: «خق».
(8) نيل الأوطار 7/ 298.

قوله: «لا ملك فيه للسارق ولا شبهة ملك» احترازاً من (الأبوين)[1] والعبد من مال سيده.

قوله: «وكل واحد من الصنفين أصل في نفسه»: يعني أنه لا يعتبر أحدهما بالآخر، وإنما يتعلق الحكم بعينه لا بقيمته، فإن كان عرضاً قوم بغالب نقد البلد، فإن كان مما يباع بالذهب والفضة فبلغ نصاباً من أحدهما قطع. وفي المدونة[2]: إنما يقوم بالدراهم فحمله الشيخ **أبو بكر الأبهري** على أنه غالب نقدهم[3]. قال **مالك**: ولو سرق دهناً فتدهن به في حرزه فإن كانت قيمته بعد أن تلف ربع دينار قطع، وكذلك الشاة يذبحها، ويخرج بها، فإن كانت قيمتها بعد الخروج بها ربع دينار قطع فاعتبر في هذا التقويم بالذهب، واختلف في فروع من ذلك:

الأول: إذا أخرج نصاب السرقة في مرات كثيرة، فقال **مالك**: لا يقطع حتى يخرج ذلك في مرة واحدة وبه قال **ابن القاسم**، وقال مرة أخرى: بقطع لأنها سرقة واحدة[4].

فرع: إذا أخذ نصاباً من حرزين لرجل واحد ففيه قولان: القطع ونفيه بناء على درء الحد بالشبهة، ولو سرق ذلك من حرز واحد لرجلين لقطع، وقيل: لا قطع عليه وهو أشبه.

فرع: إذا اختلفت القيم في (قيمة)[5] السرقة فقومت بالنصاب وما دونه فقيل: لا قطع درءاً للحدّ بالشبهة. وفي المدونة: أنه يقطع[6]، والأول وقع في مختصر الوقار وهو الصواب.

فرع: إذا سرق ثلاثة دراهم ينقص كل درهم ثلاث حبات، وهي تجوز بجواز الوازنة لم يقطع فإن كان حبتان من كل واحد درهم قطع وترك القطع

---

(1) في نسخة: «خق»: (الابن).
(2) المدونة 16/ 269.
(3) المعونة 3/ 1416؛ المنتقى 9/ 181.
(4) المدونة 16/ 269.
(5) في نسخة: «خق»: (قدر).
(6) المدونة 16/ 269.

أشبه درءاً للحدّ (بالشبهة)[1].

فرع: لو سرق زيتاً وقعت فيه فأرة فقال في كتاب **ابن المواز**: يقطع إذا كان يساوي لو بيع على البيان ثلاثة دراهم. وقال في غيره: لا يقطع بناء على أنه نجس لا ينتفع به أصلاً ولا قطع في جلد الميتة غير المدبوغ. واختلف في الجلد المدبوغ فقال **أشهب**: يقطع سارقه، وقيل: لا يقطع إلا أن تكون قيمة الدبغ ثلاثة دراهم فصاعداً، وقيل: لا يقطع مطلقاً بناء على عدم الانتفاع بالميتة، وكذلك إذا سرق صليباً أو تمثالاً، أو مزماراً، أو عوداً، فإن كانت قيمته مكسوراً نصاباً قطع وإلا فلا[2].

واختلف في سرقة الكلب المانع من اتخاذه على قولين، قيل: يقطع، وقيل: لا يقطع، وفي سرقة لحم الأضحية وجلدها خلاف، قيل: يقطع، وقيل: لا، إذ لا يجوز بيعها في فلس ولا غيره، ولا تورث مالاً، وإنما تورث لتوكل، وكذلك الحر الصغير. قال **مالك**: يقطع سارقه. وقال **عبد الملك**: لا قطع على سارقه إذ ليس بمال[3]. وروى أن رسول الله ﷺ **(ذكر أن رجلاً يسرق الصبيان فأمر بقطعه) وكذلك العبد الكبير الأعجمي، أو الصغير من العبيد الذي لا يعقل.**

فرع: قال في الموازية: يقطع في كل شيء حتى في الماء إذا أحرز لوضوء أو شرب أو غيره وكذلك (الرمان)[4] والياسمين والحطب والتين وسائر المباحات الأصلية[5]. وقال **أبو حنيفة**: لا قطع فيما كان مباحاً كالماء والصيد والحشيش ونحوه[6].

قوله: **«وذلك حين السرقة»**: يعني أن القيمة وقت السرقة لا وقت القطع[7]،

(1) في نسخة: «خق»: (بالشبهات).
(2) المنتقى 9/ 179.
(3) المنتقى 9/ 179؛ المقدمات 3/ 208.
(4) في نسخة: «خق»: (الورد).
(5) المنتقى 9/ 180.
(6) المبسوط للسرخسي 9/ 154.
(7) المعونة 3/ 1419؛ المنتقى 9/ 186؛ بداية المجتهد 2/ 707.

واعتبرها **أبو حنيفة**: وقت القطع[1]. (وفائدة ذلك إذا اختلفت القيم)[2].

قوله: «وكذلك ملك المسروق منه»: يعني أنه إذا لم يقطع السارق حتى ملك المسروق منه السرقة فالقطع واجب [56/ظ] اعتباراً بيوم السرقة ولو اعتبرنا يوم الحكم بالقطع لما قطع، إذ لم يحكم بالقطع إلا بعد أن ملكه فانتقال الملك بعد السرقة لا يؤثر عندنا في إسقاط القطع كما لو وهبه لأجنبي. وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب، فالمعتمد عليه من مذهب **مالك** وأصحابه ما ذكرناه، أن ذلك غير مؤثر في سقوط القطع. وقال **أبو حنيفة**: ذلك يسقط القطع عنه. وفرّق قوم بين أن يكون ذلك قبل الترافع فيسقط عنه القطع أو بعده فلا يسقط (عنه)[3] والأصل في هذا **أن صفوان بن أمية نام في المسجد وتوسد رداءه فجاءه سارق فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله ﷺ، فأمر رسول الله ﷺ أن تقطع يده، فقال صفوان: لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة، فقال رسول الله ﷺ: (فهلّا قبل أن تأتيني به)**[4] وإنما أمر به ﷺ لأن صاحبه قد كان حرزاً له.

قوله: «ولا يقطع الأبوان في سرقتهما من مال ولدهما»: لما لهما في ذلك من الشبهة بالنفقة، ولما عليه من وجوب برهما. (واختلف المذهب في الابن إذا سرق من مال أبيه)[5] ومشهور المذهب القطع[6]. وروى **ابن خويز منداد** عن **ابن وهب وأشهب** أنه لا قطع على الابن إذا سرق من مال أبيه ولا حدّ عليه إذا زنى بجارية له والأب في هذا بخلاف الأم، إذ لا شبهة للابن في

(1) مختصر الطحاوي ص273؛ تحفة الفقهاء.

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) ساقطة في نسخة: «ش».

(4) حديث: **(فهلا قبل أن تأتيني به)**: سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب من سرق من حرز، حديث (4394) 4/ 138؛ سنن النسائي، كتاب قطع السارق، باب الرجل يتجاوز للسارق عن سرقته بعد أن يأتي به الإمام، حديث (4878) 8/ 68؛ سنن ابن ماجه، كتاب الحدود، باب من سرق من حرز، حديث (2595) 2/ 965.

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) المعونة 3/ 1427ن؛ عيون المجالس 5/ 2139؛ المنتقى 9/ 232؛ خلافاً للشافعي. ينظر: الأم 6/ 151؛ مختصر المزني ص265؛ الإقناع ص172.

مال أمه فيحدّ إذا زنى بجاريتها، ويقطع إذا سرق من مالها، إذ لا نفقة عليها، واختلف المذهب في الجد هل هو كالأب أم لا؟ قال **أشهب**: يقطع الجد والجدة إذا سرقا من مال حفيدهما (ولا يقطع الأب)[1]. وقال **ابن القاسم**: الجد كالأب[2] ولا يقطع أحد الزوجين إذا سرق من مال صاحبه من موضع لم يحجب(ـه) عنه، فإن سرق من موضع حجبه عنه قطع، وكذلك الضيف، وحكى الخلاف في السرقة من الغنم، وهو المشهور بناء على مراعاة الشبهة.

قوله: «ويقطع في سرقة جميع المتمولات» إلى آخره. قد ذكرنا ذلك[3]، وفي سرقة المصحف[4] خلافاً **لأبي حنيفة**[5] والصحيح الذي عليه الجمهور أنه مال، ولعلّه من أبي حنيفة بناء على أنه لا يجوز بيعه عنده، ثم اشترط الحرز في وجوب القطع، ونبّه على خلاف من لم يشترطه، والدليل لنا على اشتراطه قوله ﷺ: **(ولا قطع في ثمر معلق إلا إذا أواه الجرين[6] فذلك حرزه، ولا في حريسة[7] جبل)** ثم ذكر القبر وهل هو حرز أم لا؟ والظاهر أنه حرز فلذلك قلنا: إن النباش يقطع[8]. وقال **أبو حنيفة**: لا قطع عليه[9]، لأن

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) المعونة ظ/ 1427، خلافاً لأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي. ينظر: مختصر القدوري 3/ 205؛ الأم 6/ 151.

(3) يعني أنه يقطع في سائر الأموال التي يصح أخذ العوض عليها، سواء كان أصلها مباحاً كالثياب وغيرها، أو غير مباح كالحرير وغيره، لأنه شرع حكم القطع لحفظ الأموال، وليس بعضها أولى في ذلك من بعض. ينظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2/ 271.

(4) المدونة 16/ 277ن؛ المعونة 3/ 1420؛ عيون المجالس 5/ 2136؛ بداية المجتهد 2/ 715، وبه قال الشافعي. ينظر: روضة الطالبين 10/ 124.

(5) مختصر الطحاوي ص272؛ مختصر القدوري 3/ 203؛ الهداية 2/ 410؛ وبه قال الحنابلة أيضاً: ينظر: الإنصاف 10/ 259.

(6) الجرين: موضع التمر الذي يجفف فيه. ينظر: مختار الصحاح ص43.

(7) الحريسة: الشاة التي تسرق ليلاً. ينظر: لسان العرب 6/ 48.

(8) التفريع 2/ 228؛ المعونة 3/ 1421؛ عيون المجالس 5/ 2129؛ بداية المجتهد 2/ 709، وبه قال الشافعي وأبو يوسف وأحمد وإسحاق. ينظر: الروضة 10/ 129؛ الهداية 2/ 412؛ الإنصاف 10/ 272.

(9) مختصر الطحاوي ص273؛ مختصر القدوري 3/ 205.

الكفن مال متروك بمضيعة، وقيل: لأنه مال لا مالك له، لأن الميت لا يملك والورثة قد سقط ملكهم عنه.

ثم ذكر صفة الحرز وجعله على حكم العادة فما يكون مثله حرزاً في العادة قطع السارق منه إذا أخرجه من الحرز، فإن لم يخرجه فليس بسارق[1]، وكذلك إذا أتلفه في الحرز. واختلف في تابوت الصيرفي يسرقه سارق بعد قيامه. فقال **عبد الملك**: لا يقطع. وقال **محمد**: يقطع، والدار غير المشتركة التي يسكنها صاحبها بخلاف الدار المشتركة كالفنادق ونحوها[2] فلا قطع عليه في الدار المشتركة حتى يخرج منها، والحرز في الفناديق البيوت، فإذا أخرج السرقة من البيت قطع، وإن لم يخرج بها من باب الفندق كان السارق من أهل الدار، أو من غير أهلها. وقال **سحنون**: هذا في أصل الفندق، وإن كان أجنبياً فأخرجهما من البيت لم يقطع حتى يخرجها من باب الفندق أو الدار، والأول أصح، واختلف في السارق من المسجد ومن الحمام ونحوه، واختلف إذا كانوا جماعة فرفعوه على رأس أحدهم هل تقطع الجماعة أو الخارج به وحده قولان، وكذلك إذا كان أحدهما في الدار، والآخر على السطح فرمى الذي في أسفل الدار للذي في الأعلى، والصحيح أنهما يقطعان.

فرع: قال **سحنون**: إذا كانت حصر المسجد مخيطة بعضها إلى بعض قطع سارقها، وإلا فلا، قيل: يقطع سابقها مطلقاً، وقيل: لا قطع عليه، وقيل: إن سرق نهاراً قطع، وإن سرق ليلاً لم يقطع، وكذلك واقع في المذهب.

قوله: «ولا قطع على مختلس ولا مسلب ولا مكابر ولا غاصب ولا مستعير جحد»: هذا هو مذهب جمهور الفقهاء، وقال قوم من الفقهاء: إن المستعير إذا جحد قطع اعتماداً على حديث المخزومية: **(التي كانت على عهد رسول الله ﷺ تستعير الحلي فأمر بها رسول الله ﷺ أن تقطع يدها)** الحديث وهو صحيح متفق على إثبات إسناده[3] ولعله خاص بها وفي بعض طرقه:

---

(1) المقدمات 3/ 214.

(2) خلافاً لمن لم يعتبر الحرز كعائشة والحسن والنخعي. ينظر: المغني 8/ 248.

(3) حديث المخزومية: صحيح البخاري، كتاب المناقب، باب ذكر أسامة بن زيد، حديث (3526) 3/ 1366؛ صحيح مسلم، كتاب الحدود باب قطع السارق وغيره، =

(أنها سرقت)[1]. قال **أبو محمد**: الذي قال: سرقت أكثر من الذي قال: استعارت. وفي صحيح مسلم ما يدل على أنها سارقة لا جاحدة[2]، ثم ذكر محل القطع، وأول ما يقطع منه يده اليمنى، ثم الرجل اليسرى في الثانية، ثم اليد اليسرى، ثم الرجل اليمنى هكذا من خلاف على حكم المحارب. واختلف المذهب إذا لم تكن له اليمنى أو كانت شلاء فقيل: يقطع يده اليسرى، وقيل: بل رجله اليسرى، والقطع عندنا من الكوع[3] خلافاً لمن رآى أنه من الأصابع وتغالى [57/و] قوم وقالوا: هو من الإبط[4]، ولم يصح عن أحد من الصحابة العمل عليه. وقال **أبو حنيفة**: لا يقطع في الثالثة ولا في الرابعة[5] اعتماداً على قوله سبحانه: ﴿فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا﴾ ولم يذكر الرجلين، والمعتمد عليه عندنا عمل الصحابة، فقد صحّ ما قلنا به عن أبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم أجمعين، وشذّ قوم من أهل العلم إنه إن سرق في الخامسة قتل[6] اعتماداً على حديث ضعيف الإسناد غير معمول به عند العلماء الثقات[7].

فرع: إذا قطع وجب عليه الغرم عندنا إن كان موسراً، وإن كان معسراً فهل يتبع بقيمة السرقة ديناً في الذمة أم لا؟ قال **ملك**: لا يتبع بها[8]. وقال **الشافعي**: يتبع بها[9]، وهو مروي عن **مالك** وهو الأصح لأن القطع الذي هو حق لله لا يسقط الغرم الذي هو حق الآدمي، واتفقوا على أنه يَرُدُّهما مع قيام

= والنهي عن الشفاعة في الحدود، حديث (1688) 3/ 1316.

(1) سنن النسائي، كتاب قطع السارق، باب ما يكون حرزاً وما لا يكون، حديث (4889) 8/ 71.

(2) صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب قطع السارق وغيره، حديث (1689) 3/ 1316.

(3) المعونة 3/ 1424؛ بداية المجتهد 2/ 714.

(4) وبه قال الخوارج. ينظر: المحلى 13/ 404.

(5) مختصر القدوري 3/ 208.

(6) حكى هذا القول عن عثمان وعمرو بن العاص وعمر بن عبد العزيز. ينظر: المغني 8/ 264.

(7) بداية المجتهد 2/ 714.

(8) التفريع 2/ 230؛ المعونة 3/ 1428؛ الكافي ص580؛ بداية المجتهد 2/ 712.

(9) الأم 6/ 151؛ مختصر المزني ص264؛ الإقناع ص172.

عينيها، وقال قوم من أهل العلم: لا غرم على السارق، لأن الله سبحانه قال: ﴿فَاقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ ولم يذكر غير ذلك وهو خطأ، لأنه وإن لم يذكره في هذه الآية فقد قرره في أصول الشريعة، إذ لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه. قال **أبو حنيفة**: المالك بالخيار في السارق إن شاء أغرمه (ولم يقطعه)[1]، وإن شاء قطعه ولم يغرمه[2]، وهذا هذيان منه.

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) مختصر الطحاوي ص329 ـ 270؛ مختصر القدوري 3/ 209.

كتاب العتق[1] والولاء[2] وما يتصل (به)[3]

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «**ولا يجوز تبعيض العتق ابتداء**» إلى آخره.

شرح: العتق من أعمال البر، وخصال الخير قال ﷺ فيما أخرجه **مسلم** من حديث **أبي هريرة**: (من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً من أعضائه من النار حتى فرجه بفرجه)[4]. وفي حديث **مسلم** عن **أبي ذر** قال: **(قلت: يا رسول الله أي الرقاب أفضل؟ قال: أنفسها عند أهلها وأكثرها ثمناً)**[5] الحديث. وههنا تنبيهان يتعلقان بلفظ هذا الحديث.

الأول: إذا كان الكافر أغلى ثمناً هل هو أفضل أم المسلم. قال **مالك**: عتق الكافر في هذه الصورة أفضل، وقال عنه: عتق المسلم أفضل[6].

التنبيه الثاني: إذا كان المعتق ناقص بعض الأعضاء لم يستنقذ من النار ما قابل العضو الناقص، لأنه يصح أن يتألم بعض الجسد دون بعض لقوله ﷺ: **(إن الله حرم على النار أن تأكل أثر السجود)**[7] ويحتمل أن يكون مخرج

---

(1) العتق في اللغة له عدة معان منها: الحرية، والخروج من الرق، والجمال والكرم وفي اصطلاح الفقهاء: رفع ملك حقيقي لا بسباء محرم عن آدمي حي. ينظر: الصحاح 4/ 1520؛ لسان العرب 10/ 234؛ حدود ابن عرفة بشرح الرصاع 2/ 661.

(2) الولاء: بفتح الواو والمد ومن الولاية والولي، وهو القرب، وفي اصطلاح الفقهاء: صفة حكمية توجب لموصوفها حكم العصوبة عند عدمها. ينظر: الفواكه الدواني 2/ 261.

(3) في نسخة: «خق»: (بذلك من العقود).

(4) صحيح مسلم، كتاب العتق، باب فضل العتق، حديث (1509) 2/ 1195.

(5) صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال، حديث (84) 1/ 89.

(6) المقدمات 3/ 155؛ معين الحكام 2/ 838.

(7) حديث: **(إن الله حرم على النار أن تأكل أثر السجود)**: صحيح البخاري، كتاب =

الحديث على الأغلب والتنبيه على الفضيلة فيستنقذ الجميع على هذا، سيّما إذا لم يكن عتق الأنقص مقصوداً وهو على قسمين (منجز ومؤجل)[1] وكلاهما لازم (بالعقد)[2] وفي كليهما أجر. قال الإمام **أبو بكر بن المنذر**: وقد انعقد الإجماع على أن للمعتق حرمة ليست لغيره من الصدقة[3] بدليل أنه إذا أعتق جزءاً من العبد كَمُل عليه لحرمة العتق، ولو تصدق بجزء من عرض أو عقار لم يجبر على التكميل، والدليل على وجوب التكميل ما رواه ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: **(من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق)**[4]. وذكر **ابن الطلاع** في أقضيته (أن **رسول الله ﷺ سجن رجلاً أعتق شركاً له في عبد فأوجب عليه استكمال عتقه، قال في الحديث حتى باع عليه غنيمة له**) (لأن له أن يبتدئ بعتق الجزء ويجبر على التكميل.

وقوله: «لا يجوز تبعيض العتق» يعطي أنه لا يجوز ابتداء)[5].

وتجوز القاضي رحمه الله بقوله: **«ولا يجوز تبعيض العتق ابتداء»**: وإنما أراد أنه لا يجوز الاقتصار عليه، بل يجب عليه التكميل على شرطه. وروى **النسائي** عن ابن عمر وجابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: **(من أعتق**

= الصلاة، باب فضل السجود، حديث (773) 1/ 278؛ صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب معرفة طريق الرؤية، حديث (182) 1/ 165؛ سنن ابن ماجه، كتاب الزهد، باب صفة النار، حديث (4326) 2/ 1446.

(1) في نسخة: «خق»: (منجم ومعجل).

(2) في نسخة: «خق»: (بالعوض).

(3) الإجماع لابن المنذر ص101.

(4) حديث: **(من أعتق شركاً له في عبد)**: صحيح البخاري، كتاب الشركة، باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة العدل، حديث (2359) 2/ 882؛ صحيح مسلم، كتاب العتق (1501) 2/ 1135؛ سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما نصيبه، حديث (1346) 3/ 629؛ سنن أبي داود، كتاب العتق، باب فيمن روى أنه لا يستسعى، حديث (3940) 4/ 24؛ سنن النسائي، كتاب البيوع، باب الشركة بغير مال، حديث (4698) 7/ 319.

(5) ساقطة في نسخة: «ش».

عبداً له فيه شرك وله وفاء فهو حرّ ويضمن نصيب شركائه)[1].

قوله: «ومن بعض العتق باختياره أو بسببه»: أما اختياره له فظاهر، وأما بسببه فهو أن يشتري جزءاً ممن يعتق عليه بالقرابة أو يقبله بهبة أو صدقة أو نكاح فيجبر على التكميل في هذه (المواطن)[2] وكذلك إذا أوصى له به، أو أخذه صلحاً عن إرش جناية أو دعوى أو اشتراه وكيله وهو لا يعلم وقيد بالاختيار تحرزاً من الميراث، فإنه إذا ملك جزءاً من العبد بالميراث لم يلزم تكميله، ولا يلتفت إلى قول العبد لا أريد التكميل ولا لإباية الشريك من قبض القيمة إلا أن يرضى تعجيل عتق حصته فله ذلك، لأن العتق حق له ليس للعبد فيه حق، واشترط في وجوب التكميل عليه شرطين: أحدهما: اليسر بالقيمة لقوله ﷺ: **(فكان له مال)** وهذا الشرط راجع إلى القسم الثاني، وهو إذا كان الباقي ملكاً لغيره، وأما إذا كان الباقي ملكاً له، فلا يشترط اليسر عليه في التكميل، والآخر بقاء ملكه احترازاً من أن يموت السيد أو العبد قبل التكميل أو التقديم، إذ لا يقوم ميت ولا على ميت، وكذلك التكميل، وهذا (ينبني)[3] على الخلاف في هذا العتق هل هو بالحكم، أو بالسراية، وأظهر الروايتين افتقاره إلى الحكم لقوله ﷺ: **(قوم عليه قيمة عدل)** الحديث. فيفهم منه أن عتق الباقي بعد التقديم ولا يكون عتيقاً بنفس عتق الشقص، وقيل: إنه عتق بالسراية[4]، والمعنى أنه بنفس عتق الشقص يسري العتق إلى بقية، وفيه قول ثالث: أنه عتق بالسراية إن كان جميعه له، فإن كان [57/ظ] بين الشركاء افتقر إلى الحكم. وتظهر فائدة هذ الخلاف إذا مات أو قتل أو جرح أو قذف أو زنى قبل الحكم بالتكميل هل يكون حكمه حكم الأحرار، أو حكم العبيد ويحتمل أن يكون الشرط الثاني وهو بقاء ملكه احترازاً من أن (يبادر)[5] الثاني إلى عتق نصيبه عادلاً عن التقويم، فلا يقوم على الأول.

---

(1) سنن النسائي الكبرى، حديث (4950) 3/ 182.

(2) في نسخة: «خق» (المواضع).

(3) في نسخة: «خق» (مبني).

(4) السراية: دوام الألم من الجرح حتى حدث منه الموت، ويقال: قطع يده فسرى إلى ساعده أي تعدى أثر الجرح. ينظر: مصباح المنير 1/ 275.

(5) في نسخة: «خق»: (يتأكد) كذا والصواب ما أثبته من نسخة: «ش».

قوله: «وقيل في هذا يلزم في الثلاثة»: يريد أن التقويم لازم كان العبد نصرانياً أو مسلماً كان للمسلمين أو لمسلم ونصراني أعتقه المسلم أو النصراني فالحكم فيه التقويم، إلا أن يكون بين النصرانيين فلا يعرض لهما، إذا كان العبد نصرانياً، فإن كان مسلماً لزم فيه ما يلزم بين المسلمين على المشهور. وقال في المختصر الكبير[1]: لا قيمة على المعتق[2].

قوله: «في ثلاثة»: إشارة إلى ما إذا كان العبد المسلم بين نصرانيين فهو في وجوب التقويم عليه كالتكميل، ويمكن أن يكون قوله إشارة إلى الصورة التي ذكرها ابن الجلاب وهي إذا كان العبد بين ثلاثة فاعتق اثنان نصيبهما في صفقة واحدة فكان أحدهما ملياً، والآخر معدماً، فقيل: القيمة كلها على الموسر. وقال **عبد الملك**: بقدر نصيبه خاصة[3]، وإذا كانا موسرين فقيمة نصيب الثالث عليهما، وهل هي على قدر الأنصباء كالشفعة، أو على عدد الرؤوس قولان[4]، وهذا اللفظ من مشكلات التلقين لم نزل ننبّه عليه في المذاكرات، والله أعلم بمقصود القاضي فيه ولا خلاف عندنا أنه إذا اختار الشريك العتق في بقية حصته أن له ذلك إذا عجل العتق، وليس له الرجوع إلى التقويم، لأنه أسقط حقه عن شريكه، وإن اختار التقويم فصل له أن يرجع إلى العتق أم لا؟ قولان: أحدهما: أن ذلك له، وليس لشريكه في ذلك مقال. والثاني: أنه ليس له ذلك، لأن من حق شريكه أن يقول: أردت استكمال الأجر والاختصاص بالولاء.

فرع: إذا كان المعتق موسراً فحكمه ما ذكرناه من وجوب التقويم عليه (وإن كان معسراً ففي وجوب التقويم عليه)[5] إذا رضي شريكه باتباعه قولان، والظاهر أنه ليس له على المعسر ذلك، لأن الشرع إنما أوجب عليه التقويم مع اليسر دون العسر[6].

---

(1) من المصادر المعتمدة في الفقه المالكي، ألفه ابن عبد الحكم.
(2) المعونة 3/ 1433، 1434.
(3) التفريع 2/ 22؛ المعونة 3/ 1440.
(4) المعونة 3/ 1440.
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) عيون المجالس 4/ 1848؛ المنتقى 8/ 287.

فرع: إذا كان معسراً فأعتق نصيبه فلم يحاكمه حتى أيسر هل يقوم عليه اعتبار بالحال أم لا تقويم عليه اعتباراً بزمان العتق قولان، ويقوم على أنه عبد لا عتق فيه[1]، لأن العتق في بعضه عيب، وهو الذي أدخله على شريكه، ألا ترى أن بيع الجملة أثمن لشريكه.

فرع[2]: إذا أعتق جزءاً فادعى العسر، وسئل عن حاله فذكر الشهود أنهم لا (يعلمون)[3] له مالاً أحلف على ذلك وترك. قال ابن الماجشون: هكذا سمعت أصحابنا يقولون. وقال **سحنون**: جميع أصحابنا على ذلك إلا اليمين، فإنه لا يستحلف، ولعله جار على الخلاف في أيمان التهم[4].

قوله: «**إلا أن يبذل الشريك إعتاق نصيبه**»: يريد إعتاقه عاجلاً، فإن كان الأول موسراً أو أعتق الثاني نصيبه إلى أجل قولان: أحدهما: أنه يبتل على الثاني تغليباً لحرمة العتق، لأنه قد سقط حقه عن الأول في التقويم بعد وله إلى العتق. والثاني: بالخيار بين القيمة على الأول أو تبتيل العتق وهو قول **ابن القاسم**.

قوله: «**وإن كان مريضاً قوم عليه نصيب الشريك في ثلثه**» وهذا كما ذكره لأن حكم الثلث بعد الوفاة حكم جميع المال في الحياة، وانظر إذا أعتق في الصحة فلم يقوم عليه نصيب شريكه حتى مرض هل يستكمل عليه بقيمته أم لا؟ قولان عندنا. أحدهما: أنه لا يستكمل عليه، لأنه بمنزلة الهبة من الصحيح يفرط فيها الموهوب له حتى مرض الواهب فلا شيء له إلا أن يصح، وإن مات بطلت. والثاني: أنه يستكمل عليه باقيه، (وهو في رأس المال إن حمله أو في الثلث)[5] قولان عندنا. أحدهما: أنه يستكمل في الثلث اعتباراً بحال المرض[6]. وعن **مالك** من رواية بعض أصحابه أنه يعتق باقية في رأس

---

(1) المعونة 3/ 1439؛ المنتقى، البداية 2/ 587.
(2) بياض في نسخة: «خق».
(3) في نسخة: «خق»: (يعرفون).
(4) المنتقى 8/ 287.
(5) في نسخة: «خق»: (وهل في رأس الحال أم في الثلث).
(6) المعونة 3/ 1442.

ماله إن حمله. قال **ابن الماجشون**: وإذا أعتق المريض حصته بتلا فلا (تقويم عليه)[1] حتى ينظر أيصح أم يموت، فإن صح قوّم عليه جميعه، إن مات لم يقوم سواء حمله الثلث أم لا؟ لأن التقويم إنما يمضي فيم يفضي إلى الحرية، وهذه وصية يردها الدين إلا أن تكون أمواله مأمونة فيقوم حينئذ ويعجل عتقه قبل الموت.

قوله: «وإذا بعض العتق عدة شركاء في لفظ متدنق (أزمانه)[2] قوم باقيه على عدد رؤوسهم»: وهذا كما ذكره لتساويهم في الملك، وإدخال الضرر ولو كانوا شركاء ثلاثة أعتق أحدهم نصيبه، ثم أعتق الآخر نصيبه، والأول موسر قَوَّمه الثالث على الأول، لأنه الذي ابتدأ بالضرر، إلا أن يرضى الثاني بأن يقوم الثالث عليه، فله ذلك، ولا مقال للأول (وإذا كان الأول موسراً فهل يستكمل على الثاني نصيب الثالث أم لا؟ فيه قولان في المذهب المشهور أنه لا يستتم على الثاني)[3] إذا لم يحدث الفسد. وقال **ابن نافع**: يقوم على الثاني لأنه أول بالنسبة إلى الثالث.

واختلف في فروع من (هذا الأسلوب)[4] وهو إذا اختلف أنصباء الشركاء، فأعتق اثنان ووجوب التقويم للثالث فهل يقوم عليهم على قدر الأنصباء، أو على عدد الرؤوس قولان. المشهور على قدر الأنصباء كالشفعة وإجارة الموثق، وكنس المراحيض وغير ذلك، والشاذ أنه على عدد الرؤوس، رواه **ابن الماجشون**[5]، وهو الذي عوّل عليه القاضي حيث قال: «قوم باقيه على عدد رؤوسهم» يريد القيمة بين الشركاء المعتقين. وحكى في المعونة وشرح الرسالة وغيرهما القولين[6] (ونص)[7] بأنها على قدر الأنصباء، وأما

---

(1) في نسخة: «خق»: (يقوم عليه بقيته).
(2) ساقطة في نسخة: «ش».
(3) ساقطة في نسخة: «ش».
(4) في نسخة: «خق»: (هذه **الأسولة**).
(5) التبصرة للخمي 3/ 1/ ظ، **مخطوط** «خق»، مكروفيلم رقم (242).
(6) المعونة 3/ 1440.
(7) في نسخة: «ش»: **(واختصر القول)**.

من رأى ذلك على عدد الرؤوس [58/و] فلتساويهم في الجناية بالتبعيض، والضرر لا يختلف بكثرة التبعيض وقلته.

قوله: «وإذا أعتق المريض المحجور عليه عبيداً له هم جميع ماله أقرع بينهم بعد موته»: والأصل في هذا أن رجلاً أعتق ستة أعبد له في مرضه، ولا مال له غيرهم فبلغ ذلك النبي ﷺ: **(فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة)**. وقد بيّن **النسائي** أن النبي ﷺ قال في هذه القضية: **(لقد هممت أن لا أصلي عليه)**[1]. وفي **مصنف عبد الرزاق** وأحكام **ابن الطلاع**: (لو أدركته ما دفن مع المسلمين)[2] ومحمله على التغليظ كما أدخل من اللبس. وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة، فقال **مالك** وأصحابه بالعتق بالقرعة[3]، والمعنى أنه يعتق منهم الثلث بالقرعة، ولا يعتق من كل واحد ثلثه. وقال أبو حنيفة: القرعة باطلة، ويعتق من كل واحد ثلثه، ويستسعى في قيمة نفسه، فإذا أداه إلى الورثة عتق جميعه[4]، وهذا منه إحداث شرع (ومخالفة للنص)[5] فإن الرسول ﷺ أقرع وهو لا يقرع، والرسول ﷺ أعتق اثنين كاملين على الانفراد، وهو قائل يعتق ثلث كل واحد من الستة لا يعتق (اثنين)[6]، وهو أوجب الاستسعاء، وهو غير مذكور في هذا الحديث. وإنما حكمنا بالقرعة، إذ لا مزية لبعضهم على بعض فوجب تمييز المعتق عن سواه، وليس إلى ذلك طريق إلا القرعة. وههنا نظر وذلك أن الرسول ﷺ إنما حكم بالقرعة في عتق المريض الذي حكمه حكم الوصية، فهل العتق المبتل كالوصية أم لا؟ قولان. المشهور أن العتق المبتل والوصية سواء. وقال **أصبغ** وغيره: يعتق (في المبتل)[7] ثلثهم بالحصاص، لأن القرعة خطر

---

(1) سنن النسائي، كتاب الصلاة، باب الصلاة على من يحيف في وصيته، حديث (1985) 4/ 64.

(2) مصنف عبد الرزاق، باب الرجل يعتق رقيقه عند الموت.

(3) التفريع 2/ 23؛ المعونة 3/ 1443؛ الكافي ص506.

(4) مختصر الطحاوي ص374؛ مختصر القدوري 3/ 116 ـ 117.

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) في نسخة: «خق»: (كامل).

(7) في نسخة: «خق»: (بالبتل).

فتجوز حيث جازت، وليس ذلك إلا في الوصية. وههنا فروع: إذا قال عشرة من عبيدي أحرار وهم خمسون. ففي العتق: البتل (يعتق)[1] أيهم شاء. واختلف المذهب في الوصية بذلك على خمس روايات عن **مالك** وأصحابه: الرواية الأولى: أنه يعتق خمسهم بالسهم والتنويم، خرج الخمس خمسة أو اثنا عشر. والرواية الثانية: أنه إن خرج أكثر من عشرة عتقاً، وإن خرج أقل من عشرة ضرب بالسهم على الباقين حتى يكمل العدد عشرة ما لم يتجاوز ثلث الميت. وقال **أشهب**: ذلك أوسع أن يعتق منهم بالسهم أو بالحصص، وقال المغيرة: يعتق خمسهم بالحصاص، إذا كان العتق من الميت، وإن أوصى ورثته أن يعتقوا عنه فهم بالخيار في عتق من شاؤوا. ولو قال: ثلثا عبيدي أحرار أقرع بينهم، وإن قال: ثلث كل واحد منهم حر لم يقع بينهم، لأن كل واحد منهم قد دخله عتق الجزء وهو معنى قول القاضي: «**إن نسب الجزاء إلى جميعهم أقرع بينهم وإن نسبه إلى كل واحد عتق ذلك القدر بغير قرعة**».

قال القاضي ﷺ: «**ومن مثل بعبده مثلة[2] (ظاهرة[3]) قاصداً لذلك عتق (عليه)[4]**» إلى آخره.

شرح: العتق بالمثلة ثابتة عندنا[5]، وأنكره **الشافعي وأبو حنيفة** وقالا: لا عتق بالمثلة، والسنّة ترد عليها لما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص قال: **كان لزنباع عبداً يسمى: سندراً أو ابن سند فوجده يقبل جارية فأخذه فجبه وجذع أنفه، فأعتقه رسول الله ﷺ وقال: (من مثل بعبده أو أحرقه بالنار فهو حر، وهو مولى لله ولرسوله)**[6]. وصح أن عمر بن الخطاب أعتق جارية

---

(1) في نسخة: «خق»: (يعين).
(2) المثلة: أن يقطع عضواً من أعضائه، أو يؤثر أثراً فاحشاً في جسده قاصداً لفعله. ينظر: التفريع 2/ 24.
(3) في نسخة: «غ»: (بينة).
(4) ساقطة في نسخة: «غ».
(5) التفريع 2/ 24؛ المعونة 3/ 1445؛ المقدمات 3/ 157؛ القوانين الفقهية ص247.
(6) سنن البيهقي الكبرى 8/ 36.

أحمَى سيدها رصفاً[1] وأقعدها عليه، فاحترق فرجها[2].

واختلف المذهب في عشر مسائل (تتعلق بالمعتق بالمثلة)[3].

المسألة الأولى: هل يفتقر إلى حكم أم لا؟ قولان. ثمرتهما إذا مات العبد قبل الحكم بالعتق فالمشهور أن سيده يرثه بالولاء. وقال **أشهب**: لا يرثه وماله لورثته إن كانوا أحراراً، وإلا كان ولاؤه لسيده[4].

المسألة الثانية: المثلة الموجبة للعتق كما ذكره القاضي أن تكون ظاهرة مقصودة، وإن كانت خطأ أو عمداً على وجه المداواة أو شبه عمد مثل أن يحذفه بسيف فيزيل عينه فلا عتق عليه في ذلك لأن شفعة الإنسان على ماله هي الأغلب. واختلف إذا ضرب رأسه فنزل الماء في عينه. فقال **سحنون**: لا يعتق عليه بذلك[5]، وقال غيره: يعتق بناء على أنها (هل)[6] تلتحق بباب العمد أو بباب الخطأ.

المسألة الثالثة: السفيه والمديان والعبد هل يعتق عليهم بالمثلة، لأنه تفويت قولان في المذهب.

المسألة الرابعة: المرأة ذات الزوج يعتق عليها بالمثلة، ولا قول للزوج في ذلك، لأنه عتق أوجبه الحكم[7]، قال غيره: (يمضي)[8] منه قدر ما يحمله الثلث.

المسألة الخامسة: إذا قال العبد: عمداً، وقال سيده: خطأ في ذلك، قولان عن **سحنون**، قال مرة: القول قول العبد ثم رجع، وقال: القول قول السيد وهو الصواب للاحتمال[9].

---

(1) الرصف: الحجارة المتراصفة ببعض. ينظر: لسان العرب 9/ 120.

(2) فتح الباري 12/ 181.

(3) ساقطة في نسخة: «ش».

(4) الجواهر الثمينة 3/ 367.

(5) الجواهر الثمينة.

(6) ساقطة في نسخة: «ش».

(7) في نسخة: «خق»: (أوجبته الأحكام).

(8) في نسخة: «خق»: (يمنع) كذا.

(9) المنتقى ./ 314.

المسألة السادسة: إذا وشم وجهه بإبرة ومداد وكتب فيه: آبق. قال **ابن القاسم**: يعتق، وقال **أشهب**: لا يعتق[1].

المسألة السابعة: إذا حلق رأس أمته أو لحية عبده، ولم يكونا من الوحش هل يعتقان أم لا؟ قولان. قال **ابن الماجشون**: يعتقان، ورآه مثلة في الجارية الرائعة، والعبد التاجر، وأباه **مطرف**[2].

المسألة الثامنة: لا خلاف أنه إذا فعل ما لا يوجب العتق، لأنه ليس بمثلة، فعليه التعزير، (وإن مثل به، وعتق عليه فهل عليه التعزير)[3] بالضرب والسجن ونحو ذلك على حسب اختلاف أحوال الناس [58/ظ] فيه خلاف، والأصح أن ذلك عليه الاجتهاد.

المسألة التاسعة: إذا مثل بزوجته طلقت عليه ووجب عليه القصاص، وهذا نص الرواية، واختار الأشياخ أنه يكتفي بالقصاص، إذا رآى الحاكم فيه زجراً له ومنعاً من أن يعود، وإلا طلق عليه[4].

المسألة العاشرة: قال **مالك** في امرأة عضت لحم جارية لها عضاً شديد حتى أثرت فيه أثراً بيّناً أنها تباع عليها ولا تعتق. قال الأشياخ: إنما ذلك إذا لم تقطع شيئاً من لحمها[5]، فإن قطعت شيئاً عتقت عليها، وإن ضرب عبده مائتي سوط حتى سقط لحمه عتق لأنه مثلة، وأما عتق الحمل فإنه تبع لأمه فلأنه كالجزء منها. ثم ذكر أن عتق الصغير والمجنون والسفيه والمديان (والراهن)[6] لا يجوز. وهذا كما ذكره. أما الصغير والمجنون فلأنهما غير مكلفين، وأما السفيه فلأن الحجر عليه لصيانة ماله، فلو أمضينا عتقه لم يكن للحجر معنى.

واختلف المذهب في عتق السفيه أو ولده هل يمضي، لأنها معتقة بالولد

---

(1) المصدر نفسه 8/ 311.
(2) المصدر نفسه 8/ 313.
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) الجواهر الثمينة 3/ 367.
(5) المنتقى 8/ 313.
(6) ساقطة في نسخة: «ش».

حقيقة، فلم يبق له رق ولا ملك في الرقبة، أو لا يجوز، لأن تفويت المنفعة كتفويت الرقبة، وإذا قلنا: إن عتقه لأم ولده جائز، فهل يتبعها مالها أم لا؟ (فيه قولان)[1] في المذهب. وكذلك المال يتبع العبد في العتق إلا أن يستثني السيد ذلك ولا يتبعه في البيع. قال القاضي **أبو محمد**: لم يختلف قول **مالك** في هذين الأصلين[2]، واختلف قوله في الوصية به وهبته والصدقة وإسلامه في الجناية هل يتبعه ماله أم لا؟ ثم تكلم على عتق ذوي الأرحام وقد قال ﷺ: **(من ملك ذا رحم محرم عتق عليه)**[3]. واختلف الفقهاء فيمن يعتق بالقرابة على ثلاثة أحوال: الأول: وهو المشهور أنه لا يعتق عليه إلا عمود النسب والإخوة[4]. والثاني: عمود النسب فقط دون الإخوة[5]، ورواه **ابن خويز منداد** عن **مالك**. والثالث: يعتق عليه ذوو الأرحام ما كانوا، وبه قال **الليث وأبو سلمة وابن وهب**[6]، وقال تعالى في الأبوين: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: 23] وذلك يناقض استرقاقهما وتملكهما. وقال تعالى: ﴿وَقَالُواْ ٱتَّخَذَ ٱلرَّحۡمَٰنُ وَلَدٗا ﴿٨٨﴾﴾ الآية، إلى قوله: ﴿إِلَّآ ءَاتِي ٱلرَّحۡمَٰنِ عَبۡدٗا﴾ [طه: 88 ـ 93] فنفى أن يكون الولد عبداً، واختلف في فروع تتعلق بهذا الأصل.

الأول: هل يفتقر عتق الأقارب إلى حكم أم لا؟ ثلاثة أقوال: الأول: يعتق بنفس الشراء سواء في جميعها. **والثاني**: يفتقر إلى الحكم. **والثالث**: في العمودين بغير حكم، وفيمن عداهم بالحكم[7].

المسألة الثانية إذا بنينا على أنه مفتقر إلى الحكم هل له أن ينتزع ما

---

(1) في نسخة: «ش»: (الخلاف فيه).
(2) المعونة 3/ 1446.
(3) حديث: **(من ملك ذا رحم محرم عتق عليه)**: سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن ملك ذ رحم محرم، حديث (1365) 3/ 646؛ سنن أبي داود، كتاب العتق، باب فيمن ملك ذا رحم محرم، حديث (3949) 4/ 26؛ سنن ابن ماجه، كتاب العتق، باب ن ملك ذا رحم محرم فهو حر، حديث (2524) 2/ 843.
(4) التفريع 2512؛ المعونة 3/ 1448؛ الكافي ص509.
(5) وبه قال الشافعي. ينظر: الروضة 12/ 133.
(6) وهو مذهب الحنفية. مختصر الطحاوي ص392؛ مختصر القدوري 3/ 114.
(7) المعونة 3/ 1449.

لهم قبل الحكم عليه، بالعتق أم لا؟ قولان. فعن **ابن نافع** في المعتق إلى أجل للسيد أن ينتزع ماله، وإن قرب الأجل.

المسألة الثالثة: هل العتق إذا كان الشراء بتاً، فإن اشترى من يعتق عليه من القرابة على الخيار هل يقع العتق بنفس الشراء أو حتى يختار قولان مشهوران مبناهما على أصلين: الأول: هل عقد الخيار على الحل حتى ينعقد أو على العقد حتى يَنْحَلّ. الأصل الثاني: من ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا؟[1]. قال **ابن حبيب**: استحسن إذا كان الخيار للمشتري أن يعتق، والصحيح أنه غير مملوك بنفس عقد الخيار بل بالإمضاء. فعنده يتحقق الملك فيتبعه العتق.

المسألة الرابعة: إذا اشترى أباه بيعاً فاسداً فهل يعتق عليه أم لا؟ قال **ابن القاسم**: يعتق عليه حين اشتراه. قال الأشياخ: محمولة على أن البيع مختلف في فساده فيمضي العتق تغليباً لحرمته، وإن كان مجمعاً على فساده، فإنه لا يعتق إذ لا ينتقل الملك شرعاً.

المسألة الخامسة: إذا اشترى الأب لولده الصغير من يعتق عليه جاهلاً عتق على الولد، ولا غرم على الأب، فإن كان عالماً بلا حكم عتق عليه، وغرم له الأب الثمن. واختلف المذهب إذا كان عالماً بذلك، وجهل الحكم هل يغرم له الثمن أم لا؟ قولان عندنا، والغرم أصوب.

فصل

«والولاء للمعتق إذا كان عنه».

شرح: ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: **(من ادعى إلى غير أبيه أو إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والناس أجمعين)**[2] **(ونهى ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته)**،

---

(1) ينظر: الفرق 121 بين عدة من ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا؟ في فروق القرافي 3/ 20.

(2) حديث: **(من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه)**: سنن الترمذي، كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، حديث (2120) 4/ 433؛ سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب في الرجل ينتمي إلى غير مواليه، حديث (5115) 4/ 330؛ سنن =

وقال في حديث بريرة: (**فإن الولاء لمن أعتق**)[1]. روى أنه ﷺ قال: (**الولاء لحمة كلحمة النسب لا يُباع ولا يُوهب**). ولا خلاف بين العلماء أنه إذا أعتق عبده عن نفسه فولاؤه له، فإن أعتقه عن غيره فالولاء للمعتق عنه لأنه المعتق حقيقته، وأما إذا كان بإذنه فلا إشكال في ذلك، وإن كان بغير إذنه فلأنه قد ملكه إياه بشرط العتق عنه، فلا عتق إلا بعد الملك فكأنه هو المعتق في الحقيقة. ونبّه القاضي بقوله: «بإذنه أو بغير إذنه» على خلاف **الشافعي وأبي حنيفة** حيث قالا: إن الولاء للمعتق عنه إذا كان بإذنه[2]، وغفلاً عن ملاحظة التمليك المستتبع بالعتق، ولا خلاف أنه إذا كان وكيلاً فالولاء للموكل، لأن يد الوكيل عارية محضة، ولو اشترى رقبة من زكاته فأعتقها عن المسلمين، فالولاء لهم فلو أعتق عبده عن المسلمين، أو قال: أنت سائبة عن المسلمين، فقال **مالك** من رواية **ابن نافع وابن الماجشون**: الولاء للمعتق دون المسلمين[3]. قال**مالك**: «لا يعتق أحد سائبة[4] لأن النبي ﷺ (**نهى عن بيع الولاء وعن هبته**)[5] وكذلك رواه [59/و] **ابن القاسم** عنه، فإن فعل فالولاء فعل فالولاء لهم.

قوله: «ولا يحل بيع الولاء ولا هبته»: أما بيعه فلأنه غرر ظاهر وقمار بين، لأنه يدفع عنه ثمناً محققاً ولا يدري أيحصل له شيء أم لا؟ وأما هبته ففيه تفصيل، والظاهر إجراؤه مجرى النسب أن الهبة والبيع لا يتصور واحد منهما فيه كما لا يتصور في النسب.

= ابن ماجه، كتاب الحدود، باب من ادعى إلى غير أبيه، أو تولى غير مواليه، حديث (2609) 2/ 870.

(1) حديث: (**الولاء لمن أعتق**): صحيح البخاري، كتاب الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، حديث (444) 1/ 174؛ صحيح مسلم، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، حديث (1504) 2/ 1141؛ سنن الترمذي، كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الذي يسلم على يدي الرجل، حديث (2112) 4/ 427؛ سنن أبي داود، كتاب الفرائض، باب في الولاء، حديث (2915) 3/ 126.

(2) الطحاوي ص398؛ المهذب 2/ 21.

(3) المقدمات 3/ 161.

(4) سائبة: عبد يعتق على أن لا ولاء. ينظر: لسان العرب 1/ 478.

(5) التمهيد لابن عبد البر 3/ 73؛ الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2/ 306.

واختلفت الرواية إذا وهب منه ما يقع في حياته هل يجوز أم لا؟ وفيه قولان عندنا، كالخلاف فيمن وهب ما يرثه من أبيه أو غيره، وكذلك إذا وهب ذلك في مرض المولى، والمشهور في هذه الصورة الجواز، والشاذ المنع، والمعتمد عليه نظير المنع.

قوله: «وهو لعصبة المعتق الذكور (دون الإناث)[1]»: وهذا مذهب **مالك**[2]، وجميع فقهاء الأمصار أن النساء لا يرثن من الولاء إذ ما أعتق (أو أعتق من أعتقن)[3]. قال **شريح**: الولاء موروث لجميع الورثة من الرجال والنساء على كتاب الله كسائر المواريث وهو قول حسن من طريق الفقه إجراء له مجرى النسب لولا أنه معارض (بالإجماع من الصحابة)[4] فإن الأئمة من أهل النقل نقلوا إجماع الصحابة على أنه للذكور دون الإناث.

قوله: «وأولاهم به الابن ثم ابنه» إلى آخره. هذا في الولاء مخالف لحكم النسب، ألا ترى أن الأب لا يستحق شيئاً من الولاء مع وجود الابن وابن الابن، وليس كذلك في الميراث والابن أولى، ثم بنه وإن سفل ثم أبو المعتق، ثم الإخوة، ثم بنوهم، ثم الجد، ثم بنوه وهم الأعمام، ثم بنوهم على حسب قوة التعصيب فيختص به من قوى تعصيبه دون غيره، وتعصيب البنوة أولى من تعصيب الأبوة. قال القاضي **أبو محمد** في المعونة لأن تعصيب الأبوة يشوبها الرحم، والأخوة مقدمون على الجد عندنا[5] في هذا الباب، قال **الشافعي وأبو حنيفة** الجد أولى[6].

قوله: «ويستحق الولاء بالكبر» بضم الكاف، وفي بعض الروايات بالكبر على وزن الصغر والمعنى أنه لا يصل إلى البطن الثاني إلا بانقراض

---

(1) في نسختي: «ق» و«غ»: (ولا شيء للإناث).

(2) التفريع 2/ 26؛ المعونة 3/ 1451؛ وهذا إجماع الصحابة رضوان الله عليهم. ينظر: سنن البيهقي الكبرى 10/ 306؛ مصنف عبد الرزاق 9/ 33.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) في نسخة: «خق»: (بإجماع الصحابة).

(5) المعونة 3/ 1452 ـ 1453.

(6) مختصر الطحاوي ص399 ـ 400؛ مختصر المزني ص321 ـ 322.

الذي قبله)[1].

قوله: «**ولا ولاء بموالات[2] ولا على منبوذ**» إلى آخره. وهذا كما ذكره هو الذي استقر عليه جمهور فقهاء الإسلام، ولا ولاء للعبد فيما يعتقه، والولاء لسيده، كان العتق بإذن سيده أو بغير إذنه، واختلف قول **مالك** إذا أعتق العبد عبده بغير إذن سيده فعلم السيد فلم يجزه ولا ردّه حتى عتق العبد ففي كتاب **محمد** الولاء للعبد، وقال **ابن الماجشون**: الولاء للسيد.

فرع: (اختلف)[3] إذا قال السيد لعبده: أخذ مني عشر سنين، وأنت حر فأعتق قبل انقضاء السنين. قال **ابن القاسم**: الولاء للعبد. وقال **ابن نافع**: الولاء للسيد وهو أقيس، وولاء من أعتقه المدبر وأم الولد للسيد لأنهما رقيق، ولا يرجع الولاء إليهما، ولا لمن فيه عقد حرية إلا لمكاتب وحده، لأن المكاتب إنما كاتب على ماله وولده، والولاء من ماله، وحقوق عتقه، فإذا أعتق العبد (بإذن سيده أو بغير إذن السيد فالولاء للسيد كما ذكرنا، فإن أذن له السيد في العتق)[4] أو أذن (لمدبره)[5]، وأم ولده لم يرجع الولاء إليهم، وكذلك المكاتب ما لم يعتق، فإن عتق المكاتب عاد الولاء له لما ذكرناه من أن للسيد انتزاع ماله، وهو ممنوع من انتزاع مال مكاتبه، فإذا أذن لعبده في العتق، وهو ليس من أهل الولاء في تلك الحال كان السيد كأنه هو الذي أعتقه حقيقة (كان له الولاء)[6].

قوله: «**وكذلك المسلم يعتق الكافر**»[7]: هذا تنبيه على خلاف **الشافعي** لأنه يقول: إذا أعتق المسلم (نصرانياً)[8] فمات النصراني قبل أن يسلم فولاؤه

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) الموالات: التحالف.
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) في نسخة: «ش»: (له دبراً).
(6) في نسخة: «خق»: (فيكون الولاء له).
(7) بمعنى أنه ليس من شرط العتق إسلام السيد ولا عبده، لذلك إذا أعتق أحدهما الآخر كان العتق نافذاً، ولكن لا يرث المعتق ولاء من أعتقه لاختلاف الدين.
(8) ساقطة في نسخة: «خق».

لسيده[1].

(وتحصيل المذهب في ذلك أنه إن أسلم النصراني فولاؤه لسيده)[2] وإن لم يسلم فلا ولاء له، لأن الإرث بالولاء كالإرث بالنسب، ولا توارث بين مسلم وكافر.

قوله: «**وجر الولاء ثابت**»: وهذا هو مذهب كافة أهل العلم[3] إلا ما يحكى عن رافع بن خديج ومن تبعه من السلف[4]. روى **مالك** (أن الزبير بن العوام[5] مر بفتية فسأل عنهم فقال: هم موالي رافع بن خديج[6] وأبوهم عبد لحذيفة[7]، فاشترى الزبير أباهم فأعتقه ليجربه الولاء، وقال لهم: انتسبوا إليّ فأنا مولاكم، وقال رافع: بل هم موالي، أنا أعتقت أمهم، فاختصما إلى عثمان بن عفان فقضى بالولاء للزبير)[8] ويجر الولاء الأب والجد، لأن النسب يرجع إلى الجد كما يرجع إلى الأب، وقد مثل القاضي الصورتين (فتأمل كلامه في ذلك يتبين لك معناه إن شاء الله، وصورة ذلك: أن يتزوج عبد معتقة لقوم فيولدها فولاء الولد لموالي الأم ما دام الأب رقاً، فإن عتق أبوه جر ولاء)[9] ولده إلى معتقه، فإن كان للأب أب عبد فعتق قبل ابنه جر ولاء: ولد ابنه إلى من أعتقه ما دام ابنه رقاً، فإن عتق الابن جر الابن ولاء

---

(1) المهذب 2/ 21.

(2) ساقطة في نسخة.

(3) المغني 6/ 361ن؛ فتح الباري 12/ 37.

(4) المعونة 12/ 37.

(5) أبو عبد الله الزبير بن العوام بن خويلد، أحد العشرة المبشرين بالجنة، شهد بدراً وما بعدها روى عن النبي ﷺ، وعنه ابناه عبد الله وعروة وغيرهما، قتل يوم الجمل سنة (36هـ). ينظر: تهذيب التهذيب 3/ 318 ـ 319.

(6) أبو عبد الله، رافع بن خديج الأنصاري، شهد أحداً والخندق، روى عن النبي ﷺ، وعنه ابنه عبد الرحمن، مات سنة (74هـ ـ 694م). ينظر: تهذيب التهذيب 3/ 229.

(7) حذيفة بن اليمان، واسم اليمان: سيل بن جابر العبسي، روى عن النبي ﷺ وعم عمر، وعنه جابر. التهذيب 2/ 220.

(8) بدائع الصنائع 4/ 167.

(9) ساقطة في نسخة: «خق».

ولده إلى مواليه، وانتقل عن موالي الجد، فهاتان صورتان ظهر فيهما جر الولاء من الأب والجد، وكان الطلبة يسألون عن هذا الموضع، ويستفهمون معناه، والأمر فيه بين على المتأمل إن شاء الله.

قوله: «ولا يكون جر الولاء فيمن مسّه رق» ومثله القاضي في المعونة فقال: «مثل أن يتزوج عبد أمته فتحمل ثم تعتق، فإن الولد يكون حراً بحرية أمه، وهو حمل وولاؤه لموالى أمه وهم مواليه، لأن عتقه ثبت من جهتهم، فإن عتق العبد لم يجر ولاء الولد، لأن ولاءه قد ثبت لمن أعتق أمه، فلا يجوز نقله كالنسب[1]، ثم تكلم على ولد [59/ظ] الملاعنة، فإن كانت عربية فلا ولاء على ولدها. إذ هي حرة محضة لا سبيل إلى سريان الرق إليها، وإن كانت معتقة فولاء ولدها لموالي أمه، لأن نسبه قد انقطع عن أبيه، فإذا أكذب الأب نفسه وجب عليه الحد، وعاد الولاء (إليه أو)[2] إلى مواليه.

قوله: «ولا ولاء لامرأة إلا في ثلاثة مواضع» وهذا كما ذكره[3]، وهو مذهب جمهور العلماء من الإسلام أن لا ولاء لامرأة، وهذه المواضع الثلاثة ظاهرة أولها: ولاء من باشرت عتقه لقوله ﷺ: **(الولاء لمن أعتق)**. والثاني: ما يعتقه معتقها مثل أن تعتق عبداً فيعتق هذا العبد عبداً ويموت الموت المعتق الأول فولاء الثاني لها، لأنه كان لمعتقها الذي مات فانجره السيد إليها. والصورة الثالثة: أن يتزوج عبدها أمة فيولد له ولد، ثم تعتقه أو يتزوج بعد عتقه فيكون لها الولاء إما ابتداء وإما جراً. وهذا من المواضع المشكلة التي جرت العادة في المذاكرات بالكلام فيه، وتبين مفهومه، وذلك أنه إذا تزوج

(1) المعونة 3/ 1460.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) قال القاضي عبد الوهاب: ولا يكون ذلك إلا في ثلاث مواضع:
أحدها: أن تعتق عبداً فيموت، ولا وارد له فيكون ولاؤه لها ميراثاً.
والثاني: أن يترك هذا العبد أولاداً من أمته أو معتقة فيكون الولاء لمعتقه إما ابتداء وإما جراً.
والثالث: أن يعتق هذا العبد عبداً إما في حال رقه بإذنها، فيكون الولاء لها ابتداء، أو بعد عتقه فيموت العبد الأول المعتق، ويبقى الثاني فيرث معتقه الأول ولاء هذا العبد الثاني. ينظر: المعونة 3/ 1462.

عبدها أمة لغيره فتلد ولداً جرت الأمة ولاء الولد (لمواليها ما دام الأب)[1] رقاً، فإن أعتق والده قبل عتق الولد كان ولاء الولد لسادات العبد ابتداء، فإن أعتق الولد قبل عتق الوالد، كان ولاء الولد لموالي الأم، فإن عتق بعد ذلك الولد، ثم مات الوالد جر والده لمواليه، فكان الولاء لها جراً.

فصل

«الكتابة[2] جائزة ولا يجبر السيد عليها إن طلبها العبد».

شرح: الأصل في الكتابة قول الله ﷻ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: 33]. أمر السادات بمكاتبة عبيدهم بشرط أن يعملوا فيهم خيراً. وقد اختلف الفقهاء في أصلين: الأول: في مقتضى هذا الأمر. والثاني: في تعين الخبر المشار إليه في الآية. أما الأمر فالجمهور أنه على الندب والاستحباب، وقيل: مقتضاه الإباحة والتخيير[3]. وقال **مالك**: سمعت بعض أهل العلم إذا سئل عن ذلك يقولون قول الله ﷻ: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: 2] وقوله: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَوٰةُ فَانتَشِرُوا﴾ الآية [الجمعة: 10][4]، وهذا يدل على أنه محمول على الإباحة. وحكى **ابن القصار** أنها مستحبة، ولا شك أنها خارجة عن قواعد الشرع، فإن فيها بيع الملك بالملك، لأن العبد ماله المحقق والمترقب ملك لسيده، وإنما يجعلها ابن القصار وغيره من أشياخنا من قسم المستحبات[5] ولأنها من ناحية العتق وقسمها بعض أشياخنا إلى أقسام مندوب إليها ومباحة ومكروهة وممنوعة، وذلك راجع إلى حال العبد في الدين والقدرة على الكسب من وجه مرضي أو مكروه، وقد يجب في بعض المواضع بحسب

---

(1) في نسخة: «خق»: (لموالي أمها ما دام أم الأب).

(2) الكتابة: مشتقة من الكتاب أي الأجل المضروب، وفي الاصطلاح: الكتابة عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه. ينظر: حدود ابن عرفة 2/ 676.

(3) الهداية 3/ 283؛ اللخمي 3/ 4/ظ؛ حمزاوية رقم (121)؛ روضة الطالبين 12/ 209؛ الإنصاف 7/ 446.

(4) الموطأ، كتاب المكاتب، حديث (1488) 2/ 788.

(5) المنتقى 8/ 355.

القرائن على تقرر في الشريعة من رعاية المصالح، وأما الخبر الموجود قيداً في الآية، فقيل: هو القدرة على الكسب؛ قاله **مالك** وقيل: هو الدين (وقيل: هو المال)[1] وقيل: هما جميعاً[2]، وهو الصواب. وأجاز **مالك** كتابة من لا حرفة له من الرجال، ولا تجوز مكاتبة الأمة التي لا تحسن الصناعة لما يخاف من استسعائها بفرجها، ولا يجبر عليها السيد عندنا خلافاً لداود وأهل الظاهر اعتماداً على ظاهر الأمر[3]، وإذا طلبها السيد، وأبى العبد فهل يجبر على ذلك أم لا؟ قولان في المذهب[4]، الأصح أن السيد يجبره على ذلك بمثل إخراجه أو أكثر يسيراً، فإن كاتبه على ما يعلم أنه لا يقدر عليه فلا جبر في هذه الصورة بلا خلاف، وتجوز بالقليل والكثير إذا تراضيا عليه، وتجوز الكتابة بالغر مثل: أن يكاتبه على بعير له شارد أو عبد آبق، أو ثمرة لم يبد صلاحها، لأن له انتزاع ذلك من غير كتابة، وكرهه **أشهب**، فإن نزل مضى[5]، ويجوز أن يكاتب عبده على أن يطلب لسيده عبده الآبق أو بعيره الشارد، أو يغرس له كذا وكذا شجرة فإذا بلغت كذا فهو عتيق، وقد قيل: إنه إذا كاتبه على غرس كذا شجرة يغرسها له أن ذلك عدة للعتق لا كتابة. وفائدة الفرق أن ذلك يسقط بالفلس والموت إن جعلناه عدة، ويفسخ إذا رهنه الدين، **وابن ميسر** يرى أن هذا ليس بكتابة، والجمهور على أنه على حقيقة الكتابة، ولو كاتبه على وصفاء[6] جاز، وكانت العادة في ذلك مع عدم الشرط كالشرط في النكاح، على شوار بيت.

قوله: «ولا تكون إلا منجمة أو مؤجلة»: المنجمة هي التي تقسط على أنجم ثلاثة فصاعداً، والمؤجلة التي ضرب لحلول جميعها أجل، واختلف في الحالة هل تسمى كتابة أم لا؟ والمتقدمون يسمونها قطاعة[7].

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) تفسير القرطبي 12/ 245.

(3) المحلى 8/ 222.

(4) التفريع 2/ 13؛ المقدمات 3/ 180؛ معين الحكام 2/ 848.

(5) المقدمات 3/ 182.

(6) وصفاء: بضم الواو، جمع وصيف وهو الغلام إذا بلغ الخدمة. ينظر: مختار الصحاح ص302؛ لسان العرب 3/ 470.

(7) بداية المجتهد 2/ 596؛ القوانين الفقهية ص250؛ حاشية الدسوقي 4/ 389.

قال القاضي **أبو محمد**: ليس عن **مالك** نص في الكتابة الحالة، ومحققو أصحابنا يقولون: إنها جائزة[1] خلافاً **للشافعي**[2].

قوله: «ويرق بالعجز عن بعضه قلّ أو كَثُر»[3]: لما روى مرفوعاً وموقوفاً: (المكاتب عبد ما بقى عليه درهم)[4] وقد اختلف العلماء في ذلك، والمعتمد عليه ما ذكرناه.

قوله: «ويستحب للسيد وضع شيء من آخرها»: وهذا كأنه من باب الإعانة على الحرية[5]. قال الله سبحانه: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: 33] وذلك ندب واستحباب. وقال **الشافعي**: هو على جهة الإيجاب[6] وحاصل القول في ذلك: أن الأمر بالكتابة والإيتاء[7]، قد اختلف العلماء في مقتضاهما قيل: هما [60/و] محمولان على الندب، وقيل: على الإيجاب، وقال **الشافعي**: الأصل غير واجب، والفرع واجب.

قوله: «وللمكاتب تعجيلها (ويعتق لوقته)[8] وليس للسيد الامتناع عليه» لأن الأجل حق للعبد، فإذا أراد إسقاطه لم يمنع، ولو شرط عليه السيد مع الكتابة خدمة أو سفر فعجل المكاتب الكتابة فهل يسقط عنه ما اشترط عليه

---

(1) المعونة 3/ 1465، وبه قال أبو حنيفة. ينظر: مختصر الطحاوي ص384.

(2) مختصر المزني ص324؛ الإقناع ص207؛ مغني المحتاج 4/ 518، وبه قال الحنابلة. ينظر: المغني 12/ 346.

(3) خلافاً لما يحكى عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنه إذا ادعى الشطر فلا رق عليه، وروى ذلك عن النخعي وابن مسعود، وقضى به شريح. ينظر: المغني 9/ 420.

(4) حديث: **(المكاتب عبد ما بقي عليه درهم)**: سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي، حديث (1259) 3/ 560؛ سنن أبي داود، كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت، حديث (3926) 4/ 20.

(5) التفريع 2/ 17؛ المعونة 3/ 1466.

(6) مختصر المزني ص324؛ الإقناع ص208؛ مغني المحتاج 2/ 521، وهو مذهب الحنابلة. ينظر: المغني 12/ 355.

(7) الإيتاء: هو الوضع عن المكاتب من آخر كتابته شيئاً. ينظر: أسهل المدارك 3/ 261.

(8) ساقطة في نسخة: «خق».

أم لا؟ قولان. الإسقاط ونفيه[1] بناء على أنه تبع فهل يعطى حكم نفسه أو حكم متبوعه، وفي هذا الأصل خلاف، وبيع (رقبة)[2] المكاتب إبطال للكتابة، فلذلك لا يجوز كما نص عليه القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ وبيع كتابته جائز، واشترط في بيع الكتابة من غيره تعجيل العوض فراراً من الكالئ بالكالئ، وإنما منع منه بيع النجم الواحد من الكتابة لقوة الغرر فيه فكان القصد إلى نجم واحد نوعاً من (الخطر والغرر)[3] وفي بيع الجزء منها خلاف المنع والجواز، فوجه المنع أن المكاتب يؤدي كتابته لدائنين مختلفين أحدهما إلى سيده بعقد كتابته، والآخر إلى مبتاع الجزء، ووجه الجزء اعتباره بسائر المبيعات.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«وإذا أعتق المكاتب تبعه ماله وولده الذين حدثوا من أمته بعد كتابته»** إلى آخر الباب.

شرح: أما مال المكاتب فالأمر فيه ظاهر لأنه إنما كاتب على ذلك، إذ منه ومن غيره يرجو الأداء ويدخل أولاده الذين حدثوا في الكتابة (بعد العقد)[4]، ويدخل من قبلهم بالشرط.

قوله: **«وإذا مات المكاتب عن ولد معه في كتابته إما بشرط أو بمقتضى العقد لم تنفسخ الكتابة بموته»** وهذا مذهب **مالك**[5]، وقال **الشافعي**: تنفسخ[6]، والدليل لنا: أن عقد الكتابة قد تضمن إلزام السيد نفسه عتق المكاتب وولده الداخلون معه في العقد على شرط أداء المال، فليس للسيد سبيل إلى فسخ العقد كما لم يكن ذلك في حق العبد نفسه.

قوله: **«وتؤدى الكتابة حالة»** وهذا لأنها من جملة الديون المؤجلة تحل بموت المديان.

---

(1) التفريع 2/ 14؛ المعونة 3/ 1471؛ الكافي ص520.
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) في نسخة: «خق»: (العجز والخطر).
(4) في نسخة: «خق»: (بالعقد).
(5) التفريع 2/ 15؛ الكافي ص224.
(6) الإقناع ص208 ـ 209؛ المهذب 2/ 18.

قوله: «ثم لهم ما بقي إرثاً دون ولده الأحرار، والذين لم يدخلوا معه في الكتابة» وهذا (فيه نظر)[1] لأن الأبوة واحدة في الجميع فوجب أن يكون الأداء موجباً لحريته، فحينئذ يرثه أولاده كلهم إلا أنه إنما قصر[2] الميراث على هؤلاء لأنهم الذين دخلوا معه في عقد الكتابة، والذين خلصوه بالأداء من الرق فكأنه استحقاق مال لا ميراث، وقيل: لأنهم مساوون له في الخدمة.

قوله: «وإن كانوا صغاراً أدى عنهم إن كان في المال وفاء، وإلا تجر لهم به، وأدى على نجومه إلى بلوغه السعي (فإن قدروا على)[3] وإلا رقوا» وهذا خارج عن القياس لأنه جعله حالاً إن كان المال وفاء، وإلا اتجر به وأدى على نجومه، ومقتضى ما تقدم حلوله بموت المكاتب مطلقاً، ولا فرق بين أن يكونوا صغاراً أو كباراً، وكذلك التجارة به، لأن من حق السيد أن يقول: قد حلت لي الكتابة فإن أدّى بعضهم بعض الكتابة لم يعتق ولا يعتقون إلا بأداء جميع المال، لأنها كتابة واحدة، ويلزم كل واحد منهم بقدر قوته في السعي، وما (يطيقه)[4] وقال **عبد الملك في الحاوي**: إنما بعض الكتابة على عدد رؤوسهم لا على قدر طاقتهم، وكذلك إن أدّى بعضهم عن سائرهم ورجع عليهم على عدد رؤوسهم وليس للسيد أن يبتدئ إعتاق واحد من الأولاد ممن فيه فضل السعي، لأن في ذلك تعجيز للباقين لتقويتهم بسعيه معهم، واختلف المذهب إذا كان مع المكاتب في كتابته من قرابته إخوة أو غيرهم هل يرثون منه أم لا؟ روايتان: إحداهما: أنهم يرثونه كالولد، لأنهم مساوون له في المال والخدمة. والثاني: أنه لا يرثه إلا ولده دون كل أقاربه لأنهم يدخلون معه في المكاتبة بعد عقدها بخلاف سائر القرابة[5].

قوله: «ويجوز الجمع بين عدة عبيد في كتابة واحدة» وهذا كما ذكره[6].

---

(1) في نسخة: «خق»: (نظر).

(2) في نسخة: «خق»: (نص).

(3) ساقطة في نسخة: «ش».

(4) في نسخة: «خق»: (يطلبه).

(5) التفريع 2/ 15؛ المعونة 3/ 1473؛ الكافي ص524.

(6) عيون المجالس 4/ 1884، وخلافاً للشافعي في أحد قوليه. ينظر: مختصر المزني =

واختلف في كيفية الفض عليهم، ففي كتاب **ابن المواز** تفض عليهم الكتابة على عدد رؤوسهم، وقال **ابن الماجشون**: على قدر القوة والداء وقيم الرقاب، وفي المدونة وغيرها على قدر قوتهم عليها، ولم يذكر قيمة الرقاب[1].

قوله: «وبعضهم حملاء عن بعض» وهذا كما ذكره[2] وهو مقتضى الجمع بينهم في عقد واحد اقتضاه شرط أم لا؟ وإذ مات أحدهم لم يحط عن الباقين شيئاً[3]. واختار الشيخ **أبو الحسن** على مقتضى القياس أن يحط عن الباقين ما ينوبه لأن كل واحد منهم اشترى نفسه بما ينوبه من الكتابة، فمن مات منهم فإنما مات، وهو رقيق، ولو عجز بعضهم، وأدّى الباقون الكتابة ففي صفة تراجعهم خلاف. قال **ابن الماجشون ومطرف** ذلك على قدر طاقتهم يوم عتقوا لا يوم عقد الكتابة. وقال **أشهب**: على قدر القيمة يوم الكتابة، وهل يجوز أن يجمع عبدين لمالكين في كتابة واحدة، المشهور أنه لا يجوز، لأنه كجمع السلعتين لرجلين، وهو ممتنع، ويختلف إذا نزل هل تمضي الكتابة وتحط عليهما أو تفسخ ما لم يؤديا نجماً أو صدراً من الكتابة، ولو كان في المكاتبين صغيراً لا يقدر على السعي حتى تنقضي الكتابة لم يرجع عليه بشيء، ولو (قوى)[4] على الكسب بعد مضي بعض الكتابة كلف السعي وألزم من ذلك ما ينوبه من يوم الحكم [60/ظ] عليه، وقيل: من يوم الكتابة.

قوله: «وليس للعبد تعجيز نفسه مع قدرته على الأداء» وهذا كما ذكره[5]، لأنه رجوع إلى الرق وترك للعتق، وكذلك ليس للسيد تعجيزه، لأنه عتق على صفة، ولو رضيا جميعاً، فقد اختلف فيه قول **مالك**، فأجازه مرة، وقال

= ص324؛ المهذب 2/ 18.

(1) المدونة 7/ 241، وفيها: قال ابن القاسم قلت لمالك: فالقوم يكاتبون مع كتابة واحدة كيف تقسم الكتابة عليهم. قال: قدر قوتهم عليها وأدائهم فيها، قلت أتفض الكتابة على قدر قيمة لك واحد منهم قال: لا، ولكن تفض الكتابة على قدر قوتهم فيها وجزائهم.

(2) حاشية الدسوقي 4/ 394.

(3) المعونة 3/ 1885؛ المنتقى 8/ 370.

(4) في نسخة: «خق»: (قدر).

(5) عيون المجالس 4/ 1888.

أخرى: إن كان للعبد مال ظاهر (لم يجز، وقال **سحنون**: ليس له ذلك[1]، وإن لم يكن له مال ظاهر)[2] إلا عند السلطان، قال محمد: إذ كان صانعاً ولا مال له، جاز ذلك وإذا فرعنا على أن لا يجوز فوقع ذلك، ولم يفسخ حتى فات العبد ببيع، فقيل: البيع فوت، وقيل: ليس بفوت، ويرد إلا أن (يعتقه المشتري)[3].

قوله: «وإذا أوصى السيد لمكاتبه بكتابته كلها وضع في الثلث الأقل من قيمتها أو قيمة رقبته فإن حمل الثلث ذلك وإلا فبقدر ما يحمله». وهذا كما ذكره لأن السيد لا يملك من المكاتب سوى كتابته، فإن قومنا الكتابة فلأنها التي يملك السيد من المكاتب، وإن قومنا الرقبة لكونها أقل من الكتابة، فلأن المكاتب لو عجز لعادت رقبته رقاً لاحتمال أن تكون قيمة الكتابة أقل أو أكثر عدلنا إلى الأقل منهما ولا اعتراض في ذلك للورثة، ولو وضع عنه بعض الكتابة ولم يحمله الثلث جعلنا في الثلث الأقل مما أوصى له به أو قدر ما قابله من الرقبة على نحو ما تقدم.

قوله: «وليس للمكاتب أن يتصرف في ماله بإتلاف ولا غيره إلا بما يؤدي إلى مصلحته» وهذا كما ذكره، لأنه مال السيد حقيقة، وإنما يتحقق للعبد بالأداء، وله أن يزوج بناته على ابتغاء الفضل، ولا ينكح ولا يسافر إلا بإذن سيده، وأجاز **ابن القاسم** للمكاتب السفر القريب، ومنعه **مالك**، واختار الشيخ **أبو الحسن** أنه إن كان شأنه السفر قبل الكتابة[4]، ومنه معيشته فليس لسيده إذا كان السيد عالماً به، واختلف فيما كتمه العبد عن سيده. فقال **مالك** للعبد، وقال يحيى بن سلام[5] في تفسير القرآن هو لسيده. قال لشيخ **أبو الحسن**:

---

(1) القوانين الفقهية ص250.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) في نسخة: «خق»: (يفيته بالشراء).

(4) التبصرة 3/ 8/ ظ.

(5) أبو زكرياء، يحيى بن سلام بن أبي ثعلبة البصري، أخذ القراءات عن أصحاب الحسن البصري، روى عنه ابن وهب سكن إفريقية دهراً وسمعوا منه تفسيره الذي ليس من المتقدمين مثله، وكتاب الجامع توفي سنة (200هـ ـ 816م). ينظر: سير أعلام النبلاء 9/ 396 ـ 347.

وهذا أحسن إن كان بحيث إن السيد لو علم به لانتزعه، وإن كان يسيراً تافهاً، فهو للعبد[1]، ثم ذكر أن حال المكاتب في حدوده وجراحه وشهادته وطلاقه حال العبد، وهو كما ذكره، لأنه غير محقق المعتق، فالأصل الملك إلا أن يثبت ارتفاعه بالأداء وقد ذكرنا أنه أحرز ماله، فلذلك لا ينتزعه منه سيده.

فصل

«والتدبير[2] إيجاب وإلزام».

قال في كتاب العين: دبرت المملوك: أوجبت عتقه، يعني: إذا أدبرت عن الدنيا فهو من الإدبار الذي هو ضد الإقبال، وهو من ناحية العتق، والترغيب فيه كالتغربب في العتق، ولا يخلو أن يصرح بالتدبير أو بالوصية، أو يكون اللفظ محتملاً، فإن صرح بالتدبير مضى على حكم التدبير وسنته. قال **مالك**: التدبير واجب[3]، والوصية بعتق عبده إن شاء رجع فيها، وإن شاء لم يرجع، فإن نص على الوصية فله الرجوع متى شاء، فإن أتى بلفظ مجمل مثل: أن يوصي بعتقه وهو صحيح. فقال **ابن القاسم**: له الرجوع. وقال **أشهب**: لا يرجع[4] ومبناه هل هو تدبير أو وصية، ولو كانت وصية بالعتق في مرض أو عند سفر فهي وصية، له الرجوع فيها، وكذلك إذا قال: أنت حر بعد موتي هل محمله على التدبير أو على الوصية قولان حكاهما القاضي.

قوله: «ولا يجوز بيع المدبر ولا إبطال تدبيره» وهذا مذهب **مالك** الذي لا خلاف فيه عنه[5]، وأجاز **الشافعي** بيع المدبر[6]، واعتمد على ما

---

(1) التبصرة 3/ 8/ ظ

(2) التدبير لغة: من دبر الرجل عبده تدبيراً إذا أعتقه بعد موته، وفي الاصطلاح: عقد يوجب عتق مملوك في ثلث مالكه بعد موته بعتق لازم. ينظر: المصباح المنير 1/ 188؛ حدود ابن عرفة 2/ 673.

(3) المدونة 7/ 150.

(4) معين الحكام 2/ 845؛ القوانين الفقهية ص251.

(5) التفريع 2/ 9؛ عيون المجالس 4/ 1860؛ المقدمات 3/ 189 ـ 191؛ بداية المجتهد 2/ 617. وبه قال أبو حنيفة. ينظر: الهداية 2/ 350.

(6) روضة الطالبين 12/ 194.

ثبت في صحيح **مسلم**: أن رسول الله ﷺ: **(باع مدبراً في الدين)**. قال النسائي: كان صاحبه محتاجاً وعليه دين، ولم يكن له مال غيره فبلغ ذلك الصبي ﷺ فقال: **(من يشتريه مني)**. واعتمد **مالك** أن هذه قضية في عين، وقضاء الأعيان لا يعم، وقد قال تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: 1] ولأن عتقه معلق بموت سيده، فكان كأم الولد، ولما كان من ناحية العتق وقد يؤول إليه وجب تكميل تبعيضه كالعتق وأحكامه أحكام العبيد فلذلك كان لسيده انتزاع ماله، وأن يؤاجره ويستخدمه، ويطأ الأمة المدبرة وخدمة منافع متملكة كرقبته فتتعلق بها جنايته كما تتعلق بالرقاب، ومسائل هذا الباب كثيرة، وولد المدبرة الحادث بعد عقد التدبير بمنزلتها، وإذا لم يحمله ثلث المريض خرج منه ما حمله الثلث، وقد قال قوم من أهل العلم: أنه يخرج من رأس المال منهم أهل الحديث، وإذا أسلم مدبر النصراني خورج عليه فدفع خراجه، ولم يبع عليه، وانتظر موته، فيعتق من ثلثه أو ما حمل الثلث منه، وإذا قتل أو جرح فقيمته وأرش جرحه لسيده، إذ هو عبد له، ولو جنى المدبر لم يجز إسلام رقبته في الجناية، لأن في ذلك إبطالاً لعتقه، بل تسلم خدمته كما ذكرناه وجنايته بعد حريته متعلقة بذمته ومقاطعته بمال على تعجيل عتقه جائزة لأنه من تبتيل العتق وتنجيزه.

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **«حمل الأمة من سيدها يوجب لها به حرمة تمنع من بيعها»** وهذا الذي ذكره هو بيع أمهات الأولاد، وقد اختلف السلف فيه قديماً وحديثاً والخلاف فيه بين الصحابة [61/و] شهير جداً، والمعتمد عليه من مذاهب الصحابة، وأكثر السلف من الأئمة امتناع بيع أمهات الأولاد، وقد قال ﷺ في مارية لما ولدت منه إبراهيم: **(أعتقها ولدها)**[1]. وفي حديث أبي سعيد الخدري **أنهم أصابوا سبايا، فاشتدت عليهم العزبة، فأرادوا الوطء والعزل، ثم قالوا: كيف نعزل ورسول الله ﷺ بين أظهرنا فسألوه عن ذلك فقال: ما عليكم ألا تفعلوا ما من نسمة كائنة إلا وهي كائنة)**[2]،

---

(1) حديث: **(أعتقها ولدها)**: سنن الدارقطني، كتاب المكاتب، حديث (24) 4/ 132.

(2) حديث: **(ما من نسمة كائنة)**: صحيح البخاري، كتاب العتق، باب من ملك من العرب رقيقاً، حديث (2404) 2/ 898؛ صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب حكم =

(ولو)[1] أن الحمل مبطل للثمن، ومانع من البيع لم يقرهم على ذلك رسول الله ﷺ وقد قال عمر بن الخطاب: (**خالطت لحومنا لحومهن ودماؤنا دماءهن**)[2]، **فقال عبيدة السلماني**[3] **لعلي بن أبي طالب** رضي الله عنه **حين قال: كنت أرى مع أبي بكر وعمر أن لا تباع أمهات الأولاد، وأنا الآن أرى أن تباع فقال له عبيدة: يا أمير المؤمنين رأيك مع أبي بكر وعمر أحبّ إلينا مع رأيك وحدك وقد قال جابر بن عبد الله: إن أم الولد كانت تباع ثم نسخ ذلك**[4]، ولا فرق بين بيعها وهبتها، وإجارتها في حياة ولدها وموته سواء كمن خلقته أم لا؟ كان له مال غيرها أم لا؟ كان عليه دين أم لا؟ على ما سيجيء.

قوله: «وعتقها عن سبب موجب العتق»: يعني: عتقها في كفارة ظهار أو قتل، وأما تنجيز عتقها فلا كلام في جوازه، لأنه إسقاط المنفعة المستبقاة، وإلا فالعتق مستحق بالولادة، ولسيدها الاستمتاع بها والاستخدام اليسير، ويتبعها مالها إذا عتقت بعد موت سيدها، وله انتزاعه في حياته كما كان له ذلك في كل من له فيه عقد حرية إلا المكاتب والمعتق إلى أجل إذا قرب الأجل على خلاف فيه، وفي إجباره إياها على التزويج روايتان[5]، وقد قدمنا ذلك في كل من له فيه عقد حرية. وأجاز **الشافعي** وأصحابه لسيدها أن يؤاجرها[6] وهو خلاف ما عليه الجمهور، ولحصول الحرمة بالمولد، قال عمر بن الخطاب: له الاستمتاع بها على ما عاش[7].

= العزل، حديث (1438) 2/ 106؛ سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب ما جاء في العزل، حديث (2172) 2/ 252.

(1) في نسخة: «ش»: (ولولا).

(2) بداية المجتهد 2/ 622.

(3) عبيدة بن عمرو السليماني المرادي، تابعي أسلم باليمن أيام فتح مكة، ولم ير النبي ﷺ، هاجر إلى المدينة في زمن عمر، وحضر كثيراً من الوقائع، كان يوازي شريحاً في القضاء. ينظر: تذكرة الحفاظ 1/ 47؛ الأعلام 4/ 199.

(4) المصدر نفسه 2/ 621.

(5) التفريع 2/ 9؛ المعونة 3/ 1489.

(6) مختصر المزني ص332؛ الإقناع ص210.

(7) حديث: (**له الاستمتاع بها ما عاش**): موطأ مالك، كتاب العتق والولاء، باب عتق =

قوله: «ولا يرعى وضع ولد كامل الخلقة بل ما استحل عن النطفة إلى علقة أو مضغة» وهذا (لا اختلاف)[1] فيه في المذهب. واعتبر **الشافعي** التخطيط[2]، والصحيح أن حرمة الولد (تامة)[3] بالحمل اعتباراً بالمعنى الذي أشار إليه عمر بن الخطاب في قوله: **(خالطت لحومنا لحومهن، ودماؤنا دماءهن)** **وإذا ملكها بعد الحمل وقبل الوضع** فهل تكون له أم ولد بذلك أم لا؟ روايتان حكاهما القاضي. وقد قال ﷺ: **(أيما أمة حملت من سيدها فهي حرة)**. فلا فرق على هذا بين أن تحمل منه بعد الملك أو قبله، وأجاز **مالك** للكاتب بيع أم ولده في الدين يرهنه، وأجاز له بيعها في غبر الدين، وهذا يدل على أنه لا يثبت لأم ولده حرمة أمهات الأولاد، وفي أم ولد المدبر روايتان هل يثبت لها العتق بموته إذا أعتق، وإذا جنت فسيدها بالخيار بين فكاكها بالأقل من الأرش أو قيمتها، ولا يجوز تسليمها لما فيها من عقد الحرية الصحيح.

= أمهات الأولاد، حديث (1466) 2/ 776؛ مصنف عبد الرزاق، حديث (13225) 7/ 292.

(1) في نسخة: «ش»: (على خلاف) والصواب ما أثبته من نسخة: «خق».

(2) مختصر المزني ص332؛ الإقناع ص209.

(3) في نسخة: «خق»: (ثابت).

كتاب الأقضية[1] والشهادات[2]

الأصل في القضاء بين الناس الكتاب والسنّة والإجماع. أما الكتاب فقوله سبحانه: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾ الآية [ص: 26]. وقوله سبحانه: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ۚ وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا ﴿105﴾﴾ [النساء: 105]. وقوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ﴾ [النساء: 135]. وقال سبحانه[3]: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء: 65]. وقال تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ ۚ﴾ [النساء: 58]. وفي صحيح **مسلم** عن النبي ﷺ: **(سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله إمام عادل)**[4]. وقال ﷺ: **(المقسطون على منابر من نور على يمين الرحمٰن وكلتا يديه يمين)**[5].

---

(1) الأقضية في اللغة جمع قضاء، وله معان كثيرة منها الحكم، والفصل، والأمر وغيرها وفي الاصطلاح عرفة ابن عرفة بأنه: صفة حكيمة توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي، ولو بتعديل أو بتجريح، لا في عموم مصالح المسلمين. ينظر: معجم مقاييس اللغة 5/ 99؛ المصباح المنير 2/ 507؛ حدود ابن عرفة 2/ 567.

(2) الشهادات في اللغة جمع الشهادة، وهي الخبر القاطع، والحضور، وفي الاصطلاح: قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده، أو حلف طالبه ينظر: المصباح المنير 1/ 324 ـ 325؛ شرح حدود ابن عرفة 2/ 582.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب فضل إخفاء الصدقة، حديث (1031) 2/ 715.

(5) حديث: **(المقسطون على منابر من نور على يمين الرحمن وكلتا يديه يمين)**: صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل، وعقوبة الجائر، حديث (1827) 3/ 1458؛ سنن النسائي، كتاب آداب القضاة، باب فضل الحاكم العادل في حكمه، حديث (5379) 8/ 221.

وقال ﷺ[1]: (**من ولى القضاء فقد ذبح بغير سكين**)[2] إشارة إلى عظم الخطر في خطة القضاء وبعد التخلص منها. وقال ﷺ لأبي ذر[3] يا أبا ذر: (**إني أراك ضعيفاً، وإني أحبّ لك ما أحبّ لنفسي لا تأمرن على اثنين، ولا تولين مال يتيم**)[4]. قال علماؤنا: لا يتولى القضاء من علم منه الرغبة فيه والحرص عليه لأنه غير معان ولا مؤيد[5] لقوله ﷺ: (**إنا لا نستعمل على عملنا هذا من أراده أو حرص عليه**)[6]، وقال لعبد الرحمٰن بن سمرة[7]: (**لا تسأل الإمارة فإنك إن أعطيتها من مسألة وكلت إليه، وإن أعطيتها عن غير مسألة أعنت عليها**) خرّجه الشيخان **البخاري**[8] **ومسلم**[9]. وخرّج **الترمذي** أن النبي ﷺ قال: (**من ابتغى**

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) حديث: (**من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين**): سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء عن رسول الله ﷺ، حديث (1325) 3/ 614؛ سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب في طلب القضاء، حديث (3571) 3/ 298؛ سنن النسائي، كتاب الأحكام، باب ذكر القضاة، حديث (2308) 2/ 774.

(3) جندب بن جنادة بن سفيان من بني فار، أبو ذر، صحابي من كبارهم، يضرب به المثل في الصدق، وهو أول من حيي رسول الله ﷺ بتحية الإسلام، روى له الخباري ومسلم 281 حديثاً. ينظر: الإصابة 7/ 60؛ الأعلام 2/ 140.

(4) حديث: (**إني أراك ضعيفاً، وإني أحب لك ما أحب لنفسي**): صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب كراهية الإمارة بغير ضرورة، حديث (1826) 3/ 1457؛ سنن أبي داود، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الدخول في الوصايا. حديث (2868) 3/ 114؛ سنن النسائي، كتاب الوصايا، باب النهي عن الولاية على مال اليتيم، حديث (3667) 6/ 255.

(5) المقدمات 2/ 258؛ القوانين الفقهية ص194.

(6) حديث: (**إنا لا نستعمل على عملنا هذا**): مسند أبي عوانة، حديث (7019) (7019) 4/ 379.

(7) أبو سعيد، عبد الرحمن بن سمرة بن حبيب، أسلم يوم الفتح، سكن البصرة، وهذا الذي فتح كابل وغيرها، شهد غزوة موته، روى عن النبي ﷺ، وعن معاذ بن جبل، مات سنة (50هـ ـ 671م). ينظر: تهذيب التهذيب 6/ 190 ـ 191.

(8) صحيح البخاري، كتاب الأيمان والنذور. حديث: (6248) 3/ 2443.

(9) صحيح مسلم، كتاب الأيمان، باب ندب من حلف يميناً فرأى يميناً خيراً، حديث (1652) 1273.

القضاء وسأل فيه شفعاء وكل إلى نفسه، ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكاً يسدده)[1].

وفصّل علماء الشافعية الأمر في طلب القضاء تفصيلاً حسناً جارياً على مقتضى الفقه، فقالوا: إن كان طالب القضاء ليس من أهل الاجتهاد والعدالة كان تعرضه له محظوراً، وصار بالطلب له محظوراً وإن كان من أهله فله أحوال: أحدهما: أن يكون القضاء في غير مستحقه، إما لنقص (علمه)[2] أو لظهور جوره فيجب أن يحبطه دفعاً لمن لا يستحقه فهذا سائغ لما تضمنه من منكر، ثم ينظر [61/ظ] فإن كان أكثر قصده إزالة غير المستحق كان مأجوراً، فإن كان أكثرها اختصاصه بالنظر فيه كان مباحاً. والحالة الثانية: أن يكون القضاء في مستحقه وهو من أهله، ويريد أن يعزله عنه، إما لعداوة بينهما أو ليجربه إلى نفسه نفعاً، فهذا الطلب محظور عليه، وهو مجروح لتعرضه له. والحالة الثالثة: أن لا يكون في القضاء ناظر فينظر حاله فيطلبه لهذه الخطة، فإن كان لحاجته إلى رزق القضاء وخراجه مستحق في بيت الحال كان مباحاً وإن كان لرغبة في إقامته وخوفاً من أن يليه غير المستحق له، كان طلبه له مستحقاً، فإن قصد بطلبه المباهاة والمنزلة، فلأصحاب **الشافعي** فيه قولان الكراهية، والجواز، الكراهة لقوله سبحانه: ﴿تِلْكَ ٱلدَّارُ ٱلْآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِى ٱلْأَرْضِ وَلَا فَسَادًا﴾ [القصص: 83]. والجواز اعتماداً على قوله تعالى حاكياً عن يوسف عليه السلام: ﴿قَالَ ٱجْعَلْنِى عَلَىٰ خَزَآئِنِ ٱلْأَرْضِ إِنِّى حَفِيظٌ عَلِيمٌ ﴿٥٥﴾﴾ [يوسف: 55]. واشترط العلماء (في القاضي شروط)[3] منها ما هو على الإيجاب، ومنها ما هو على وجه الندب والاستحباب.

قال القاضي: «**ولا يستقضى إلا فقيه من أهل الاجتهاد لا عامي مقلد**» وهذا كما ذكره. أما كونه فقيهاً فاحترازاً من العامي، ولا يجوز أن يكون

---

(1) سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي، حديث (1324) 3/ 614.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

القاضي عامياً عندنا[1] خلافاً **لأبي حنيفة**[2]، والمعتمد لنا قوله سبحانه: ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ﴾ [النساء: 105] وذلك لا يتصور إلا أهل الاجتهاد، وقال سبحانه: ﴿فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ﴾ [ص: 26] والعامي لا يعرف الحق من الباطل، فلذلك أوجبنا أن يكون فقيهاً واشترط القاضي أن يكون من أهل الاجتهاد، وقد اختلف فقهاؤنا هل اشتراط كونه من أهل الاجتهاد واجب أو مستحب، والذي عوّل عليه القاضي في كتبه كلها أنه شرط وجوب. قال في شرح الرسالة والمعونة[3] وغيرهما: يجب أن يكون من أهل الاجتهاد عارفاً بالكتاب والسنّة وطريق الاجتهاد وترتيب الأدلة وكيفية النظر فيها، وتخريج الفروع عن الأصول، وهل يجوز له أن يقلد غيره في نازلة أم لا؟ أما إن ضاق الوقت عن الاجتهاد، ولم يجد سبيلاً إليه فيتعين عليه تقليد الأعلم، وإن كان في فسحة من النظر، ومهلة يمكنه فيها الاجتهاد، ولم يخف فوات الحادثة فهل يجوز له تقليد غيره أم لا؟ فيه تردد وخلاف، والأصح جوازه اعتماداً على أن الصحابة ﷺ كان بعضهم يقلد بعضاً حيث لا يمكنهم الاجتهاد، **(وقد قال معاذ لرسول الله ﷺ حيث بعثه إلى اليمن: أجتهد رأيي)**[4]. وهذا يدل على بطلان ما ذهب إليه **أبو حنيفة** من أن العامي يجوز أن يكون قاضياً، ويقلد غيره. قال **مالك** في كتاب **ابن حبيب**: لا أرى خصال القضاء تجتمع اليوم في أحد، فإن اجتمع منها خصلتان ولي القضاء العلم والورع[5]. قال **ابن حبيب**: فإن لم يكن العلم فالعقل، فبالعقل يسأل، وبالورع يعف. قال **سحنون**: فإن كان فقيراً أغنى من بيت المال، وشروط القضاء وآدابه كثيرة مذكورة في الدواوين الكبيرة[6].

---

(1) المعونة 3/ 1500؛ المقدمات 2/ 259.
(2) مختصر الطحاوي ص333؛ مختصر القدوري 4/ 79.
(3) المعونة 3/ 1500؛ المقدمات 2/ 259ن؛ بداية المجتهد 2/ 727 ـ 728.
(4) حديث: **(أجتهد رأيي)**: سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، حديث (1327) 3/ 616؛ سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، حديث (3592) 3/ 303.
(5) معين الحكام 2/ 609.
(6) المقدمات 2/ 260.

قوله: «ولا يكون الحاكم عبداً ولا امرأة»: أما العبد فلنقصه بخساسة الرق الذي هو من آثار الكفر ولا خلاف في ذلك بين العلماء، وأما المرأة (فللعلماء)[1] في كونها حاكماً ثلاثة مذاهب، فأجاز **الطبري** كونها قاضية في كل شيء[2]، ومنعه **مالك** وجماعة أصحابه في كل شيء[3]، وأجاز **أبو حنيفة** قضاءها فيما تجوز فيه شهادتها فقط[4]. وروى نحوه عن **مالك**[5]، والدليل لنا قوله ﷺ: **(ناقصات عقل ودين)**[6] الحديث. وقوله ﷺ: **(أخّروهن حيث أخّرهن الله)**[7]، وقوله ﷺ: **(لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة)**[8] ولأنها ولاية لفصل الأحكام، وتنفيذ القضايا، فلا يجوز كالإمامة الكبرى، وأما الطبري فرأى أن الغرض من الحاكم تنفيذ الأحكام، (وسماع)[9] البينات (والقضاء)[10] بين الخصوم، وذلك متأت من المرأة كتأتيه من الرجل، ويلزمه عليه جواز ولايتها الإمامة الكبرى، إلا أن المقصود منها حوزة (البيضة)[11] وحماية الحوزة والذب عن الأمة وجباية الخراج، وحفظ أموال المسلمين وصرفها في وجوبها، وذلك قد يتأتى من المرأة والعبد، وبهذا انقض القاضي

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) المنتقى 7/ 130؛ المقدمات 2/ 258؛ مغني المحتاج 4/ 375.

(3) المعونة 3/ 1506؛ عيون المجالس 4/ 1525 وبه قال الشافعية والحنابلة. ينظر: روضة الطالبين 11/ 95؛ المقنع ص326.

(4) تقبل شهادة النساء عند أبي حنيفة في كل شيء إلا في الحدود والجراح. ينظر: مختصر القدوري 4/ 84؛ الهداية 3/ 118؛ شرح فتح القدير 6/ 391.

(5) المقدمات 2/ 258؛ بداية المجتهد 2/ 728.

(6) سبق تخريجه.

(7) تقدم تخريجه أيضاً.

(8) حديث: **(لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة)**: صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقيصر، حديث (4163) 4/ 1610؛ سنن الترمذي، كتاب الولاء والهبة، حديث (1212) 4/ 527.

(9) ساقطة في نسخة: «خق».

(10) في نسخة: «خق»: (والفصل).

(11) في نسخة: «خق»: (السنة).

أبو بكر بن الطيب[1] على **أبي الفرج بن ظرارة**[2] في مجلس الخلافة ببغداد[3].

قوله: «**وينبغي للحاكم أن يجلس في المسجد**»[4] وهذا تنبيه على خلاف **الشافعي**[5] لأنه كره جلوس القاضي في المسجد تنزيهاً له عن الخصومة ودخول أجلاف الناس إليه. قال **مالك** في المدونة القضاء في المسجد من الأمر القديم[6]، وفي كتاب **ابن حبيب**: كان من مضى من القضاة لا يجلسون إلا في رحاب المسجد خارجاً، إما في موضع الجنائز، أو في رحبة القضاء. قال **مالك**: وإني لاستحب ذلك في الأمصار من غير تضييق ليصل إليه اليهود والنصارى والحائض والضعيف، وحيث ما جلس القاضي فهو جائز[7]، وقال **أشهب**: لا بأس أن يقضي في منزله، وحيث أحب[8]، والمستحب عند متأخري أشياخنا أن لا يقضي في المسجد لقوله ﷺ: (**جنّبوا مساجدكم برفع أصواتكم وخصوماتكم**) ويجلس وقتاً معيناً من النهار يعلمه أهل الخصومات ليأتوا إليه فيه، ولا يجلس للقضاء في أيام الأعياد، وقال **محمد بن عبد الحكم**: ولا في يوم التروية ويوم عرفة، وكذلك يرخص له في ترك الجلوس يوم (الطين) والوحل [62/و] إلا في ضرورة. وينبغي للقاضي أن يسوي بين الخصمين في المجلس، والإقبال عليهما إذا كانوا بين يديه، فإن

---

(1) أبو بكر محمد بن الطيب الباقلاني، مقدم الأصوليين، الإمام البارع، سمع من القطيعي، وابن ماشا وغيرهما، أخذ عنه القاضي عبد الوهاب توفي سنة (403هـ ـ 1013). ينظر: سير أعلام النبلاء 17/ 186.

(2) أبو الفرج بن ظرارة ـ لعله ـ الإمام أبو الفرج أحمد بن محمد بن عمر بن حسن بن المسلمة البغدادي المعدل، سمع أحمد بن أحمد بن كامل، وأبا بكر النجاد، وروى عنه الخطيب وجماعة توفي سنة (415هـ ـ 1025م). ينظر: سير أعلام النبلاء 17/ 314.

(3) المعونة 3/ 1507.

(4) المنتقى 7/ 134؛ المقدمات 2/ 267.

(5) المهذب 2/ 293.

(6) المدونة 12/ 144، قال مالك: القضاء في المسجد من الحق وهو الأمر القديم، قال وقد كان ابن خلدة وقاضي عمر بن العزيز يقضيان في المسجد.

(7) المقدمات 2/ 267.

(8) المنتقى 7/ 134.

كان أحد الخصمين ذمياً فهل يرجح المسلم عليه في المجلس أم لا؟ قولان: أحدهما: أن المسلم يتقدمه في المجلس[1] بالشيء اليسير، وفي كتاب **ابن حبيب** يسوي بينهما (وإن كان أحدهما ذمياً)[2][3]. وحكى الإمام **أبو عبد الله**، قال: أخبرني شيخي عبد الحميد الصائغ، قال: كانت في بني إسرائيل عجائب منها إذا مات الحاكم فيهم تركوه في بيت، فإذا افتقدوه من الغدو، وجدوا أمارة تدل على حال، فمات قاض من قضاتهم ففعلوا به ذلك، فلما أصبح دخل عليه أخوه، فرأى ذباب تدخل من إحدى أذنيه، وتخرج من الأخرى، فأرعب لذلك، فلما نام رآه في المنام فسأله عن ذلك، فقال: يا أخي تحاكم إلي خصمان فأصغيت إلى أحدهما أكثر من الآخر فعاقبني الله بما تراه.

واختلف الفقهاء في جلوس أهل العلم معه، فقال **ابن المواز**: لا (أحب أن)[4] يقضي إلا بحضرة أهل العلم ومشاورتهم وهو قول **أشهب**[5]، وكان عثمان بن عفان إذا جلس للقضاء أحضر أربعين من الصحابة، ثم استشارهم، فإذا رأوا ما آره أمضاه، ومنع ذلك **مطرف وابن الماجشون** قالا: ولكن إذا ارتفع عن مجلس القضاء استشارهم لأنه قد يكون حضورهم سبباً لحصن يدركه، ولا يجلس إلا بمحضر عدول السماع إقرار الخصوم، ويفرد النساء عن الرجال بالخصومة، ويجعل لهن وقت لا يخالطهن فيه الرجال.

قوله: «ولا يحكم بعلمه في شيء من الأشياء لا فيما علمه قبل ولايته ولا بعدها لا في مجلسه ولا غيره». وهذا الأصل قد اختلف فيه المذهب اختلافاً مشهوراً والمعتمد عليه من مذهب **مالك** أنه لا يقضي بعلمه في شيء من الأشياء على الإطلاق، إلا في التزكية والجرحة[6]، فيقبل شهادة من علمه

---

(1) في نسخة: «ش»: زيادة (والإقبال).

(2) ساقطة في نسخة: «ش».

(3) التبصرة 3/ 1/و؛ والجواهر الثمينة 3/ 121.

(4) ساقطة في نسخة: «ش».

(5) المقدمات 2/ 267.

(6) التفريع 2/ 245؛ المعونة 3/ 1502؛ الإشراف 2/ 283؛ المنتقى 7/ 136؛ بداية المجتهد 2/ 742.

(عدلاً من غير حاجة إلى تزكية، ويرى شهادة من علمه)[1] فاسقاً وعكسه الشافعي، فقال: يقضى بعلمه في كل شيء[2]، وقال **عبد الملك**: يحكم بعلمه فيما علمه في مجلس حكمه مثل: أن يعترف الخصم بمحضرة، ثم ينكر[3] ولا يقضي فيما عدا ذلك وهو قول **سحنون** والدليل لنا من أَوْجُهٍ:

الأول: أن النبي ﷺ لم يحكم بعلمه في المنافقين بل امتنع من قتلهم مع علمه بكفرهم، إذ لم يعلم الناس كفرهم كعلمه، ولذلك قال: **(أيتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه)**[4].

والدليل الثاني: ما أخرجه أهل الصحيح أن رسول الله ﷺ: **(بعث أبا جهم[5] مصدقاً فلاح رجلان فشجهما فأتيا النبي ﷺ يطلبان منه القصاص فبذل لهما مالاً يرضيا به)[6] فقال: إني أخطب الناس، فذكر لهم ذلك، أفرضيتهما؟ فقالا: نعم فخطب الناس فقال أرضيتما؟ فقالا: لا، وقد كان ذكر قصتهما، وأنهما رضيا بهما المهاجرون فمنعهما النبي ﷺ، ثم نزل فراودوهما فرضيا ثم صعد المنبر، فقال: أرضيتما؟ قالا: نعم**[7].

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) الأم 6/ 216؛ مختصر المزني ص299؛ الإقناع ص196.

(3) عيون المجالس 4/ 1536؛ الإشراف 2/ 283؛ المعونة 3/ 1503؛ القوانين الفقهية ص194.

(4) حديث: **(أيتحدث الناس إن محمداً يقتل أصحابه)**: صحيح البخاري، كتاب التفسير، باب قوله سواء عليهم استغفرت لهم أم لم تستغفر لهم، حديث (4622) 4/ 186؛ صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب نصر الأخ ظالماً أو مظلوماً، حديث (2584) 4/ 1998؛ سنن الترمذي، كتاب التفسير، باب ومن سورة المنافقين، حديث (3315) 5/ 417.

(5) أبو جهم بن حذيفة عبيد القرشي العدوي، بعثه النبي ﷺ مصدقاً ولا رواية له، وهو الذي قال فيه النبي ﷺ لفاطمة بنت قيس إذ خطبها، أما أبو جهم فإنه ضراب للنساء، وأما معاوية فصعلوك. ينظر: سير أعلام النبلاء 2/ 556 ـ 557.

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

(7) حديث أبي جهم: سنن أبي داود، كتاب الديات، باب العامل يصاب على يده خطأ، حديث (4534) 4/ 181؛ سنن النسائي، كتاب القسامة، باب السلطان يصاب على يده، حديث (4778) 8/ 35؛ سنن ابن ماجه، كتاب الديات، باب الجارح يفتدي =

والدليل الثالث: قوله ﷺ: (**إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي فلعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحوها أسمع**)[1] الحديث.

والدليل الرابع: قوله ﷺ في حديث هلال بن أمية **لما لاعن زوجته إن جاءت به على نعت كذا، فهو لهلال، وإن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك (فجاءت به على النعت المكروه، فقال** ﷺ: (**لو كنت راجماً أحداً بغير بيّنة لرجمتها**)[2] فقد علم ﷺ (أنها زنت لإخباره أنها إن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك)[3] ثم لم يحكم بالحد لعدم البيّنة، وعند المخالف يجب أن يرجمها إذا علم ذلك[4].

فإذا بنينا على المشهور عندنا أنه لا يحكم بعلمه لا في مجلسه ولا غيره فسمع إقرار الخصم في مجلسه فإنه يرفع ذلك إلى من هو فوقه، وهل يرفع إلى من هو تحته أم لا؟ قولان في المذهب. وفي كتاب **محمد** عن **مالك** لا تقبل شهادة القاضي فيما أقرّ به الخصم عنده في حين المحاكمة، وإنما يرفع شهادته فيما عنده في غير مجلس الحكم، وأما في مجلس الحكم فلا تقبل فيه شهادته، ولا يرفع إلى غيره. قال الشيخ **أبو الحسن**: وأما ما كان من العلم قبل أن يجلس الخصمان للحكومة جاز أن يرفع شهادته[5]، واختلف في قبول شهادته فيما أقرّ به عنده في (غير)[6] المحاكمة، ورأى أن تقبل إذا لم يكن

= بالقود، حديث (2638) 2/ 851.

(1) حديث: (**إنما أنا بشر مثلكم**): صحيح البخاري، كتاب الحيل، باب إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت، حديث (6566) 6/ 2555؛ سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب قضاء القاضي إذا أخطأ، حديث (3586) 3/ 301.

(2) حديث: (**لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها**): صحيح مسلم، كتاب اللعان، حديث (1497) 2/ 1135؛ سنن ابن ماجه، كتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة، حديث (2560) 2/ 855.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

(4) الأم 5/ 126.

(5) التبصرة للخمي 3/ 2/ ظ.

(6) في نسخة: «ش»: (حين) عوض (غير).

حكم، كما تقبل في العبد يشهد بشهادة، فلم ترد حتى عتق أنه (ينفذها)[1] وتقبل منه، فإن حكم بعلمه لم يرد حكمه لاختلاف أهل العلم فيه.

ثم ذكر أن التزكية لا تقبل إلا من اثنين عالمين بطرقها عارفين بأحكامها، وصفة تزكيتها أن يقولا: إن فلاناً عدل رضا، فإن اقتصر على أحد اللفظين أجزى، وكذلك إذا أتيا بما يتضمن ذلك ويدل عليه، قال **مالك**: ولو قالا هو من أهل الخير أو فيه خير، كانت تزكية من (العالم)[2] بها.

قوله: «وإذا نسي (الحاكم)[3] حكماً حكم به، فإن شهد به عنده عدلان (نفذ)[4] بشهادتهما»، وكذلك عندنا إذا أنكر أن يكون حكم به فشهد رجلان على حكمه به، ثبت الحكم بشهادتهما[5]، وهذا تنبيه على خلاف **الشافعي**[6] **وأبي حنيفة**[7] حيث قالا: إن لم يذكر حكمه لم تنفع [62/ظ] شهادة الشهود شيئاً، وإن ساغ له الحكم على الشهادة فيما يشهد به الشاهدان فكذلك حكمه لأنها شهادة فيها حق لمن شهد بالحكم له ففيها حق للغير فيلزم إمضاؤها، ولو وجد حكماً في ديوانه بخطه، ولم يذكر أنه حكم به لم يجز له الحكم به إلا أن يشهد به عنده شاهدان[8]، وقال **ابن أبي ليلى**: يحكم بخطه في الديوان لأنه كالشهادة[9] وهو فقه سديد، بناء على العمل بالشهادة على الخط، ولو أنكر المحكوم عليه أن يكون خاصماً عند ذلك القاضي، وقال القاضي: كنت خاصمت وأعذرت إليك، ولم تأت بحجة فحكمت عليك، ففي كتاب **ابن حبيب** عن **أصبغ**: القول قول القاضي[10]. وحكى الشيخ **أبو القاسم بن**

---

(1) في نسخة: «ش»: (يعيدها).
(2) في نسخة: «خق»: (أهل العلم).
(3) ساقطة في نسخة: «ش».
(4) في نسختي: «ق» و«غ»: (أنفذه).
(5) التفريع 2/ 246؛ المعونة 3/ 155.
(6) الإقناع ص196.
(7) التفريع 2/ 247؛ المعونة 3/ 1506.
(8) عيون المجالس 4/ 1538.
(9) التبصرة 3/ 3/ ظ.
(10) التفريع لابن الجلاب 2/ 2461.

الجلاب أنّه لا يقبل قول القاضي إلا ببيّنة[1]. قال الشيخ **أبو الحسن**: وهو شبه في قضاة اليوم[2]. ولو قال القاضي: شهدت عليه البيّنة وحكمت عليك بشهادتهم، فأنكرت البينة ذلك، ففي العتبية عن **ابن القاسم** يرجع الأمر إلى السلطان، فإن كان القاضي عدلاً لم ينقض قضاؤه (وقال سحنون)[3]: ولا يرجع على الشهود بشيء. وفي كتاب **محمد**: إذا شهد رجلان فحكم القاضي بشهادتهما على رجل بمائة دينار، ثم أنكر الشاهدان، قالا: إنما شهدنا بمائة للآخر غير المحكوم عليه، والقاضي على يقين أن الشهادة كانت على ما حكم، قال: فعلى القاضي أن يغرم المائة للمحكوم عليه، لأن الشهود شهدوا بخلاف قوله: «**ولا يجوز للقاضي أن يرجع على المشهود له**» لأنه يقول حكمت بحق، فإن قال القاضي: أنا أشك أو وهمت نقض الحكم، ورجع إلى ما تقوله البيّنة، وإن أنكر الحاكم والمحكوم عليه الحكم، وقال: ما حكمت بهذا فشهدت البيّنة لمحكوم له أنه كان حكم له به، فإن الحكم يمضي، وعلى الحاكم أن ينفذ ما تضمنه الحكم.

قوله: «ولا يحلف المدعى عليه بمجرد (دعوى المدعي)[4] دون أن ينظم إليها سبب يقويها»: وهذا الذي يسميه علماؤنا اعتبار الخلطة[5] والمقصود وجود سبب ما يطرق الدعوى، ويصحح تعلقها[6] خلافاً **للشافعي وأبي حنيفة** حيث قالا: أنه يحلف بالدعوى على أي وجه كان[7] واختلف القائلون باشتراط زيادة على نفس الدعوى هل يشترط أن تكون الدعوى مما يشبه مثلها

---

(1) التبصرة 3/ 3/ ظ.
(2) ساقطة في نسخة: «ش».
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) في نسخة: «ش»: (الدعوى) عوض (دعوى المدعي).
(5) وصفة الخلطة أن يثبت أن بينهما خلطة متكررة، لا يعتبر وقوعها مرة واحدة، ولا يعتبر بيع النقد، لأن الدعوى فيه لا يتكرر، وقيل تعتبر، لأنه إذا بايعه بنقد فهو خليق أن يبايعه بنسيئة، ويستثنى من ذلك مواضع يتهم فيها المدعى عليه، فيحلف بمجرد الدعوى كالصانع والمتهم بالسرقة، أو على إخفاء الشيء. ينظر: البديع 2/ 92/ ظ.
(6) المعونة 3/ 1509، الكافي ص485 ـ 486.
(7) مختصر الطحاوي ص364؛ مختصر المزني ص306 ـ 307.

على المدعى عليه بشبهة تقوم على ذلك، ودليل يختلف باختلاف المدعى عليه، وقيل: لا بدّ من اشتراط المعاملة بينهما، والمبايعة بالنقد مراراً أو (بالنسيئة)[1] مرة واحدة، إذا كانت الدعوى في مال، وصح اشتراط الخلطة عن جماعة من السلف منهم علي بن أبي طالب رضي الله عنه[2]، وإنما اعتبرها **مالك**، ومن قال بقوله من أهل المدينة من باب حماية الذرائع ورعاية المصالح، إذ لولا اعتبرها لما شاء أحد من أهل الرذالة أن يؤذي أحد من أهل الديانة والحلم والأمانة إلا آذاه بنفس الدعوى الفاجرة، وفي ذلك إضرار بالناس (وتطرق)[3] لإيذائهم، فإذا قوي السبب، وقامت الظنة، غلب على الظن إمكان ما يدّعيه المدّعي. قال علماؤنا لا خلطة بينهم: التجار في السفينة، وفي الأسواق والرجل الغريب يدخل بلدة فيدّعي أنه أودع عند رجل مالاً، والسارق، والسمسار.

واختلف بماذا تثبت الخلطة، فقال **ابن كنانة**: (تثبت الخلطة)[4] بشاهد واحد أو امرأة[5]، قال **محمد**: إن أقام شاهداً حلف معه المدعي، لم يحلف المدعى عليه، والذي اختاره الأشياخ أن الشاهد الواحد تثبت به الخلطة، وكذلك تثبت بالمرأة الواحدة العدلة (لأن المراد إثبات لطخ للدعوى، وذلك يحصل بالمرأة الواحدة)[6] وبالشاهد الواحد، قال الشيخ **أبو الحسن**: المراد في بيوعات النقد، وفي الدعوى في المعينات والصناع والودائع والغصب والتعدي والجراح دعوى الشبهة لا المبيعات[7]. قال بعض المالكية: الاجتماع في المسجد خلطة.

قوله: «وإذا حكم المتداعيان بينهما رجلاً (ارتضياه)[8] جاز حكمه

(1) في نسخة: «خق»: (بالبينة).
(2) سنن البيهقي الكبرى 10/ 259 ـ 261؛ مصنف عبد الرزاق 8/ 277.
(3) في نسخة: «ش»: (وتطريق).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) التاج والإكليل 6/ 127.
(6) ساقطة في نسخة: «خق».
(7) التبصرة 3/ 13/ ظ.
(8) في نسختي: «ق» و«غ»: (ارتضيا به).

عليهما»: التحكيم في الأموال وما في معناها جائز عندنا لازم لمن ألزمه ببيّنة وافق حكم قاضي البلد، أو خالفه[1]. وقال **أبو حنيفة**: لا يلزم الخصمين منه إلا ما وافق حكم قاضي البلد[2]، وجعله **الشافعي** في أحد قوليه فُتْيَا لا حكماً[3]، وكذلك إذا كان المحكم عدلاً من أهل الاجتهاد، أو عامياً مسترشداً بالعلماء، فإن كان عامياً فحكم، ولم يسترشد فهو جور مردود، وإن وافق (يلزمهما ما حكم به عليهما إن وافق)[4] مذهب إمامهما، فإن كانا مالكيين فحكم بينهما بمذهب **الشافعي** أو **أبي حنيفة**، أو شافعيين فحكم بمذهب **مالك** أو **أبي حنيفة** لم يلزمهما ذلك، ويشترط فيه أن يكون مجتهداً بحيث لا يخرج باجتهاده عن مذهب إمامها. قال **سحنون**: لا ينبغي التحكيم في لعان، ولا في إقامة حدّ، وإنما ذلك لقضاة الأمصار العظام. قال **أصبغ**: ولا تحكيم في قصاص ولا طلاق ولا عتاق ولا نسب ولا ولاء، وهذه الأشياء للإمام[5].

واختلف المذهب إذا حكّما عبداً أو امرأة أو مسخوطاً ممن لا يجوز قضاؤه، ففي كتاب **ابن حبيب** عن **مطرف** لا يجوز حكم أحد من هؤلاء، وإن حكم أحدهما بصواب لم يلزم، وأجازه أصبغ في جميعهم المرأة والعبد والصبي (والمسخوط إذا كان الصبي يعقل [63/و] وأجازه **أشهب** في كتاب **ابن سحنون** في جميعهم إلا الصبي)[6][7]. وأجازه **ابن الماجشون** في جميعهم إلا في المرأة والعبد، ولا يجوز تحكيم النصراني ولا المجنون ولا (المبرسم)[8].

قوله: «وافق حكم قاضي (البلد)[9]، أو خالفه» تنبيهاً على خلاف **أبي حنيفة**.

---

(1) الكافي ص501؛ التفريع 2/ 248؛ المعونة 3/ 1510.
(2) مختصر الطحاوي ص333؛ مختصر القدوري 4/ 88.
(3) الإقناع ص197؛ المهذب 2/ 290 ـ 291.
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) التاج والإكليل 6/ 112.
(6) ساقطة في نسخة: «خق».
(7) التاج والإكليل 6/ 113.
(8) في نسخة: «خق» (الموسوس).
(9) في نسختي: «ق» و«غ»: (بلدها).

قوله: «ويحكم على الغائب (ويسمع)[1] البيّنة عليه» وهذا تنبيه على خلاف **أبي حنيفة** الذي لا يقول بالحكم على الغالب[2]، ومذهب **مالك** الحكم عليه في كل شيء إلا في الرباع ففيها خلاف، فقيل: يحكم عليه فيه كسائر الممتلكات، واستحسن مرة التوقف عن الحكم فيها لأن مأمونة لا يخاف عليها[3]. والدليل لنا قول النبي ﷺ لهند زوج أبي سفيان: **(خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)** الحديث. وقال عمر بن الخطاب في أسيفع جهينة: وأنا بائع ماله، فمن كان له عليه دين فليحضر[4] ولم يكن أسيفع حاضراً، وقد انعقد الإجماع على جواز الحكم على العاقلة بوجوب دية الخطأ عليهم، وإن كانوا غائبين[5]، وقول **أبي حنيفة** أنه يسمع البيّنة عليه، ولا يحكم عليه لا معنى له، إذ لا فائدة لسماع البيّنة إلا ليحكم بمقتضاها، والعمل بموجبها، ثم ذكر كتاب القاضي إلى القاضي وثبوت الحق عند المكتوب إليه، أو عند من أقيم مقامه، وذلك حكم أوجبته الضرورة لإنفاذ الحقوق والتحرز من ضياعها، ولا تنفع الشهادة على خط القاضي في بلد آخر، ولا بدّ من إقامة شهادة عادلة عنده أن ذلك كتاب القاضي إليه، وإن شهدا عليه بالحكم فهو أبلغ فهما طريقان، أما الشهادة عنده بأنه كتاب القاضي أشهدهم به من لفظه لا من كتابه، وأما الشهادة بتفصيل مضمونه فهو أثبت من الأول وألزم المنصوب مقام القاضي الأول، إذا مات الأول أو عزل أن يحكم بما في كتاب، وإن لم يكن له[6]، وهذا تنبيه على خلاف **أبي حنيفة** القائل بأنه لا يجوز للثاني أن يحكم بما فيه[7] وهذا ضعيف لأن القاضي إما أن يكتب بأنه قد حكم، ويلزم كل من ثبت عنده من الحكام تنفيذه، أو يكتب بما ثبت عنده فيجري ذلك مجرى

---

(1) في نسخة: «غ»: (وتسع).

(2) مختصر القدوري مع شرح الميداني 4/ 88.

(3) المعونة 3/ 1513.

(4) موطأ مالك، كتاب الوصية، باب جامع القضاء وكراهيته، حديث (1460) 2/ 770.

(5) المعونة 3/ 1513.

(6) المعونة 3/ 1512.

(7) مختصر القدوري 4/ 88.

الشهادة، فتنتقل الشهادة عنه كما تنقل عن الشهود الغائبين أو المرضى ونحوهم.

قوله: «**وحكم الحاكم ينفذ في الظاهر ولا يحيل الباطن على ما هو عليه**» وهذا مذهب **مالك**[1] **والشافعي**[2] وجمهور الفقهاء[3]، وشذّ **أبو حنيفة** فقال: إنه يتعلق بالظاهر والباطن[4]، والدليل لنا عليه قول النبي ﷺ: (**إننا معاشر الأنبياء إنما نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر**)[5]. وقال ﷺ: (**فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار**)، وقد ارتكب **أبو حنيفة** في هذه المسألة (مرتقى صعباً، واجترى فيها على هتك الشريعة، وإفساد الملة)[6] وقد تعرض الإمام **محمد بن إسماعيل البخاري** في الطعن عليه فيه، والترتيب لقوله وتزييف رأيه في كتاب الحيل من جامعه الصحيح. وصور **أبو حنيفة** على هذا الأصل الفاسد فروعاً فاسدة فقال: إذا ادعى رجل على أجنبية أنها زوجته، وأقام على ذلك شاهدين بزور شهدا بالزوجية، وحكم الحاكم بشهادتهما فيجوز له عنده أن يطأها وتصير له زوجة عند الله تعالى، وعندنا أنها محرمة عليه مع علمه وهو زان، وفي وجوب الحد عليه نظر، وكذلك لو ادّعت المرأة على زوجها أنه طلقها ثلاثاً، وشهد بذلك شاهدي زور، وحكم بشهادتهما الحاكم، فيجوز له أن تتزوج غيره، ولا يجوز لأحد الشاهدين أن يتزوجها وهو يسلم أن زوجها لم يطلقها إلى غير ذلك من فروعه الفاسدة في هذا الأصل المبنية على الهوى البعيدة عن الحق بالإطلاق، وله في ذلك تفصيل ننزّه كتابنا عن ذكره. وهذه المسألة من أكثر معايبه، وأذم مساوئه.

---

(1) التفريع 2/ 238؛ عيون المجالس 4/ 1540.

(2) روضة الطالبين 11/ 152؛ مغني المحتاج 4/ 397.

(3) وبه قال الحنابلة. ينظر: المغني 11/ 407؛ الإنصاف 1/ 312.

(4) مختصر الطحاوي ص350؛ مختصر القدوري 4/ 60؛ الهداية 3/ 119.

(5) نيل الأوطار 8/ 7، هذا الحديث استنكره المزني... وقد ثبت في تخريج أحاديث المنهاج للبيضاوي سبب وقوع الوهم من الفقهاء في جعلهم هذا حديثاً مرفوعاً هو أن الشافعي قال في كلام له وقد أمر الله نبيه أن يحكم بالظاهر، والله متولي السرائر. ينظر: تلخيص الحبير 4/ 192.

(6) ساقطة في نسخة: «ح».

قوله: «ولا تقبل شهادة غير العدول، ولا يكفي ظاهر الإسلام من العدالة» وهذا لا خلاف فيه لقول الله ﷻ: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2] وقوله سبحانه: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: 282]. وقال عمر بن الخطاب: **(لا يؤمر أحد في الإسلام بغير العدل)**، وظاهر الإسلام شرط من شروط العدالة، والشاهد على ثلاثة أقسام: معلوم العدالة فتقبل شهادته، ومعلوم الجرحة فلا يقبل قوله، ومستور (الحال)[1] فهل يحمل على العدالة، أو على الجرحة فيه خلاف بين أهل العلم، ومذهب **مالك** أن شهادته غير مقبولة[2] واكتفى **أبو حنيفة** وغيره في ذلك بنفس الإسلام[3]، وشرط العدالة أن يكون الشاهد بالغاً عاقلاً احترازاً من الصبيان والمجانين وشهادة الصبيان جائزة فيما بينهم، على ما سيجيء.

قوله: «حراً»: احترازاً من العبد وهي مردودة عندنا خلافاً **لداود بن علي**، والدليل لنا قوله سبحانه: ﴿ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2] وهذا خطاب للأحرار، ولأن الرق نقص يمنع من قبول القول قياساً على الأرجح.

وقولنا: «مسلماً»: احترازاً من الكافر وهي مردودة مطلقاً[4]، وقال **أبو حنيفة**: هي مقبولة على غير أهل ملتهم في السفر[5]، والمعتمد له قوله تعالى: ﴿أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ الآية [المائدة: 106]. وسببها معلوم في حديث تميم الداري.

وأما **قولنا: «ثقة أميناً»** فهو خصوصية العدل الذي يتميز بها عن غيره، وقد قال العلماء في صفة العدل: هو المجتنب للكبائر كلها وأكثر الصغائر. قال **ابن الخطيب**: العدالة هيئة راسخة في النفس تحمل [63/ظ] على ملازمة التقوى والمروءة جميعها حتى تحصل الثقة بصدقه. قال الماوردي[6]: أوصاف

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) المقدمات 2/ 286.
(3) مختصر الطحاوي ص366؛ مختصر القدوري 4/ 61.
(4) المنتقى 7/ 194؛ بداية المجتهد 2/ 733.
(5) مختصر الطحاوي ص335؛ مختصر القدوري 4/ 63.
(6) أبو الحسن علي بن حبيب البصري الماوردي، تفقه على ابن القسم الصيمري بالبصرة =

العدل أن يكون صادق المحبة (ظاهر الأمانة) عفيفاً عن المحارم، متوقياً للمآثم، بعيداً عن الريب، مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً للمروءة في دينه ودنياه، ثم ذكر الأمور العارضة للعدل المانعة من قبول الشهادة وحصرها في التهمة الموجبة لاضطراب النفس باتهامه من صدق خبره، وذلك كشهادة الابن لأبويه، والأبوين له، وهي مردودة للتهمة، وكذلك الأجداد والجدات، وهذا الذي ذكر فيه تفصيل وخلاف، وأما شهادة الأب لولده على أجنبي فمردوة بلا خلاف عندنا، وأما شهادته لأحد ولديه على الآخر، إذا لم يعلم كيف منزلتهما عنده ففيه خلاف الجواز والمنع من باب التهمة لأمكن أن تكون شهادته لأقربهما منه رأفة، ولذلك لا تجوز شهادته كصغير أو كبير، ولا السفيه على رشيد لأنه يتهم في بقاء المال تحت يده، وتجوز للكبير على الصغير وللرشيد على السفيه، إلا أن تقوم في ذلك ظنة واختلف إذا كانا صغيرين، أو كبيرين، أو سفيهين، أو صغير رشيد، وسفيه كبير، وتجوز للعاق على البار، ولا تجوز شهدته للبار على العاق لاتهامه، ومنع **سحنون** من ذلك كله جملة من غير تفصيل، وهو ظاهر كلام القاضي، وأجاز ذلك **داود** وأهل الظاهر مع ثبوت العدالة بناء على أن العدل لا يتهم. والدليل على خلاف ما قالوه قول النبي ﷺ: (**لا تقبل شهادة خصم ولا ضنين**)[1] والظنة ههنا معلومة إذا شهد لابنه على أجنبي، لأن الطباع إلى الولد أميل، وكذك شهادة الابن لأحد أبويه على أجنبي، وأما شهادته لأحدهما على الآخر ففيها خلاف مشهور. ففي كتاب **محمد**: لا تجوز شهادته لأحد أبويه على الآخر، إلا أن يكون مبرزاً، ويكون الشيء يسيراً. وقال **ابن نافع**: شهادته لأحدهما على الآخر جائزة إلا أن يكون الابن في ولاء الأب، ولو شهد على أبيه بطلاق أمه، فإن كانت الأم منكرة لذلك جازت شهادته، لأنها شهادة عليهما وإن كانت الأم هي القائمة

= له مصنفات كثيرة في الفقه والتفسير وأصول الفقه، وكان حافظاً للمذهب الشافعي توفي ببغداد سنة (450هـ ـ 1059م). ينظر: طبقات الشيرازي ص138.

(1) حديث: (**لا تقبل شهادة خصم ولا ضنين**): سنن البيهقي الكبرى 10/ 201؛ مصنف ابن أبي شيبة 4/ 239؛ مصنف عبد الرزاق، حديث (15305) 8/ 320.

بالشهادة، منعها **أشهب** وأجازها **ابن القاسم** جملة من غير تفصيل، ولو شهدا بطلاق غير أمهما، إما أن تكون أمهما حية أو ميتة، فإن كانت ميتة جازت شهادتهما على الأب لانتفاء التهمة، وإن كانت حية وهي القائمة بشهادة ولديها على أبيهما، فمنع **ابن القاسم** من قبول شهادتهما وردها بالتهمة، وأجازها **أصبغ**، واختلف في شهادة الأخ لأخيه على أقوال فقيل: جائزة مطلقاً، وقيل: مردودة مطلقاً، وقيل: تجوز في الأموال مطلقاً، وقيل: تجوز في اليسير من الأموال، وقيل: تجوز فيما لا تدركه فيه العصبية (والغضب)[1] ولا تجوز فيما يقع فيه ذلك، وقيل: تجوز شهادته له إلا فيما فيه شرف له، أو في نفيه عنه معرة، وقيل: تجوز شهادته إن كان مبرزاً وإلا فلا. قال **أصبغ**: لا تجوز شهادته أن فلاناً قذفه لأنه يدفع بها معرة[2] واختلف في شهادته له في جراح الخطأ لأنها مال، والصحيح جوازها، وكذلك اختلف في شهادته له في جراح العمد، فالمعروف من المذهب المنع لأنها مما تدركه في مثلها الحمية، وأجازها **أشهب** في العتبية، وفي كتاب **محمد**: تجوز شهادته أن فلاناً قتل أخاه إذا كان الولي والوارث غيره. قال **أصبغ**: وفيه اختلاف وهذا أحب إلينا[3] وكذلك اختلف هل يجوز تعديه لأخيه أم لا؟ والمنع أصوب حفظاً للشهادة، وتطريقاً (إلى التهمة)[4].

واختلف في شهادة الأصهار، ففي العتبية عن **ابن القاسم**: لا تجوز شهادة الرجل لزوج ابنته ولا لزوجة ولده. وقال في كتاب **ابن سحنون**: ولا تجوز شهادة الرجل لربيبته، ولا لزوجة ولده إلا في الشيء اليسير التافه، وأجازها **سحنون** (لهؤلاء)[5] وكذلك شهادة الصديق لصديقه إذا كان لا يناله معروفه ولا صلته. قال **مالك**: شهادته له جائزة. وقال **ابن كنانة**: **تجوز في** اليسير دون الكثير وذلك كله من باب ردّ شهادة العدل بالتهمة، وكذلك لا

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) التبصرة 3/ 6/ ظ.
(3) الجواهر الثمينة 3/ 142.
(4) في نسخة: «خق»: (للتهمة).
(5) ساقطة في نسخة: «ش».

تجوز شهادته على عدوه في حطام الدنيا[1]. قال **سحنون**: إن كانت العداوة غضباً فيه فجرمه وفقه جازت الشهادة، وأجاز **أبو حنيفة** شهادة العدو على عدوه[2] وكذلك المتهاجران إذا سلم عليه ولم يكلمه لم تجز الشهادة، واختلف إذا اصطلح لمتهاجران، فقال **محمد**: الشهادة جائزة. وقال **مطرف وابن الماجشون**: إن كانت الشهادة بحدثان الصلح لم تجز، وإن طال جازت. وقال **ابن القاسم** في أربعة أتوا متعلقين برجل فشهدوا عليه بالزنا لم تجز شهادتهم، لأنهم خصماؤه. وفي كتاب **ابن حبيب**: شهادتهم جائزة، واختلف أيضاً في شهادة الرجل على ابن عدوه بمال أو بما لا يلحق الأب منه معرة، فأجازها **محمد**، وإذ كان الأب (حياً إلا من)[3] في ولاء أبيه، وقال: ترد سواء كان الأب حياً أو ميتاً. قال **ابن القاسم**: لا تجوز إذا كانت عدواً لأب الصبي[4]، وشهد بعد موته، ولو كان مثل **شريح وسليمان بن القاسم**[5] ولا تجوز شهادة الوصي ليتيمه، وفي شهادته عليهم روايتان: الرد، والقبول، ولا تجوز شهادة أحد الزوجين للآخر عندنا[6]، وأجاز ذلك **الشافعي**[7]، ولو شهد لزوجته وهي أمة بأن مولاها [64/و] أعتقها فردت شهادته، فلها أن تختار لنفسها على مقتضى إقرار الزوج، وليس له إصابتها، واختلف إذا أردت البقاء على الزوجية هل له إصابتها لأنها أسقطت حقها، أو يمنع منها ليلاً يرق الولد فيه قولان، حكاهما الشيخ **أبو الحسن**[8]، كذلك لا تجوز شهادة الأجير أن يستأجره إلا أن يكون مبرزاً في العدالة إذا كان الأجير في نفقته وإن لم يكن في نفقته جازت شهادته له، وسواء كانت النفقة بالتطوع أو من الإجارة،

---

(1) التفريع 2/ 235؛ عيون المجالس 4/ 1553.
(2) شرح فتح القدير 4/ 160؛ حاشية ابن عابدين 4/ 300.
(3) في نسخة: «خق»: (والابن).
(4) الجواهر الثمينة 3/ 146.
(5) لم أقف على ترجمته حتى اللحظة.
(6) الإشراف 2/ 292؛ عيون المجالس 4/ 1552، وبه قال الحنفية والحنابلة. ينظر: الهداية 3/ 136؛ المغني 12/ 68؛ الإنصاف 12/ 67.
(7) المهذب 2/ 331؛ روضة الطالبين 11/ 237.
(8) التبصرة 3/ 6/ ظ.

واختلف في شهادة الزاني إذا تاب من الزنا هل تجوز اعتباراً بالتوبة، أو لا تجوز تغليباً للتهمة، وكذلك صاحب كبيرة إذا تاب عنها هل تقبل شهادته فيها أم لا؟. والصحيح القبول لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ إلى قوله: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ﴾ [النور: 5] وهذا الاستثناء رجع لكل ما تقدم من حقوق الله سبحانه، ووقع **لسحنون** في رجل جنى على رجل فاقتص من الجاني أنه لا تجوز شهادة المقتص منه مثل ذلك الجرح؛ حكاه الشيخ **أبو الحسن**.

قوله: «والثالث شهادة البدوي للقروي أو عليه في الحقوق» التي يمكن التوثق بها في الحاضرة.

وقد اختلف أهل العلم في هذه المسألة فأجاز **الشافعي وأبو حنيفة** شهادة البدوي للقروي[1]، وعليه في سائر الحقوق والأموال والحدود وكل شيء له أو عليه، وأجازها مالك في الأموال ومنعهما في الحقوق[2] التي جرت العادة بالتوثق فيها في الحاضرة كالوثائق والصدقات والأحباس، ونحو ذلك، فهذا لا تجوز شهادة أهل البادية فيه، إذ العادة جرت أن مثل هذا يشهد به في الحاضرة لأن الناس لا يتركون التوثق في الأحباس والصدقات والوصايا بإشهاد جيرانهم، وأهل بلدهم ولا يستشهدون أهل البوادي إلا لريبة. قال **الشيخ أبو الحسن**: إلا أن تعلم بينهم خلطة أو يكون جميعهم في سفر، وتجوز شهادة البدوي بين الحضريين في القذف والجراح والقتل.

قوله: «ومثله أن يشهد الفاسق أو الصبي أو العبد أو الكافر بشهادة في حال النقص فردت، ثم (يبلغ)[3] الصبي، (ويعتق)[4] العبد ويسلم الكافر

---

(1) شرح فتح القدير 6/ 40؛ الإقناع ص203.

(2) قال القاضي في الإشراف: لا تقبل شهادة البدوي على القروي في الحقوق التي يمكن التوثق فيها بإشهاد الحاضر، ولأن التهم تقوي في مثل هذه الشهادة، لأن الناس لا يتركون التوثق بإشهاد جيرانهم وأهل بلادهم. ويشهدون الأباعد وأهل البلد، إلا لريبة يعلمون معها أن الشهود من أهل الحضر لا يشهدون في ذلك الشيء فيعدلون إلى من لا يعرفه. ينظر: الإشراف 2/ 293؛ الشرح الصغير 5/ 32.

(3) في نسخة: «غ»: (بلغ).

(4) في نسخة: «غ»: (أو أعتق).

وتحسن حالة الفاسق بالتوبة» وهذا راجع إلى القسم الثالث الراجع إلى الحال، وبطلت فيه شهادة هؤلاء للتهمة أن يكونوا إنما شهدوا الآن بها ليزول عنهم عار ردّها أو لا؟ ثم ذكر تبعيض الشهادة، وصوّر فيه صورتين: إحداهما: أن تجتمع في الشهادة ما فيه تهمة، وما لا تهمة فيه مثل أن يشهد بحق واحد لابنه ولأجنبي أو لنفسه ولأجنبي فلا تقبل في الجميع، ومن (هذا الأسلوب)[1] أن يشهد بوصية له فيها شيء، فإن كان الذي له فيها مما له بال، وقد ردّت الشهادة كلها، وإن كان يسيراً لا بال له، ففيها ثلاث روايات: أحدهما: قبول الشهـدة في الجميع، والثانية: ردّها في الجميع، والثالثة: قبولها في غير ماله وردها في مالهن وهذا مبني على تبعيض الشهادة. قال **أصبغ** في العتبية في رجلين شهدا على وصية، شهد كل واحد منهما لصاحبه، فإن كانت على كتاب واحد بطلت الشهادة، فإن كانت بغير كتاب جازت، وحلف كل واحد مع شهادة الآخر[2]. قال في المبسوط: إذا شهد الموصى له جازت شهادته لغيره ويحلفون معه ويستحقون، وإن شهد معه آخر جازت

(1) في نسخة: «خق»: (هذه السولة).

(2) البيان والتحصيل 16/ 194 ـ 195. قال: سئل أصبغ عن رجلين شهدا على وصية فشهد لا أجدهما أن الميت أوصى لصاحبه بوصية مال بكذا وكذا، وشهد الموصي له أيضاً أن الميت أوصى للشاهد بوصية مال أيضاً فشهد كل واحد منهما لصاحبه أن الميت أولى له قال: إن كانا يشهدا على كتاب واحد، وفيه هذه الوصايا لهما جميعاً، فشهادتهما باطلة، لأن كل واحد منهما شهد لنفسه، ولغيره والوصية لها بال، لأنهما يشهدان على جميع ما في الكتاب، ويثبتان الوصية بشهادتهما، وفيها الوصية لكل واحد منهما لها بال، وقدر، فهما متهمان في شهادتهما، فشاهدتهما ساقطة في جميع الوصية يسقط ما كان فيها من وصاياهما وغير وصاياهما، قال: وإما لو شهدا على غير كتاب ولا وصية مكتوبة فيها هذه الوصايا، ولكن أتى هذا فشهد أن الميت أوصى لفلان بكذا وكذا، ثم قام المشهور له بالوصية، فشهد عند ذلك القاضي أن الميت أوصى لفلان الذي شهد له بالوصية بكذا وكذا رأيت شهادتهما جائزة، شهادة كل واحد منهما لصاحبه لا تهمة على واحد منهما، لأنهما لم يشهدا على كتاب تجتمع فيه الوصايا فيتهمان بأن يثبت وصاياهما، ووصايا غيرهما، وإنما شهد كل واحد منهما منفرداً بالشهادة لغيره ليس لنفسه فيها شيء فأرى أن يحلف كل واحد منهما مع صاحبه الذي شهد له. ويستحق حقه ووصيته.

شهادتهما لأهل الوصايا، وحلف مع الشاهد الآخر، و ستحق يسيراً كان أو كثيراً. قال **مالك**: فيمن شهد في ذلك حق له فيه شيء لم يجز له ولا لغيره، قال في المجموعة: لأن أحدهما لا يأخذ منه شيئاً إلا إذا دخل عليه صاحبه، ولو اقتسما (قبل الشهادة جازت شهادته)[1] قال أشياخنا: إذا قال الشاهد أعلم أن شهادتي فيما يصيبني (لا تجوز)[2] وإنما أقصد بأداء الشهادة لأجنبي، وذكرت ما أوصى لي به لأؤدي المجلس حسبما كان لا لأنها تنفعني كان ذلك أبين أن لا ترد لأجنبي في يسير أو كثير. والصورة الثانية: أن تجمع الشهادة ما يختلف جنسه في قبول الشهادة فيه مثل: أن يشهد النساء بوصية فيها مال أو عتق أو يشهدن بطلاق (وعتق)[3]، فتقبل شهادتهن في المال والدين دون العتق والطلاق.

قوله: «والمراعى في (ذلك)[4] أن يشهد المزكى بأنه عدل رضا» قد قدمنا أن هذين اللفظين مأخوذان من كتاب الله ﷻ: ﴿مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: 282] وفي قوله: ﴿ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [الطلاق: 2] فإن عبر بلفظ يقتضي ذلك، ففي الاقتصار عليه (خلاف)[5]. قال القاضي: ولا يكفي من ذلك أن يقول: لا أعلم له زلة ولا خزية ولا أعلم إلا خيراً، وإني أرضى به لي وعلي. قال **أبو إسحاق**: يجزي على هاتين اللفظتين ما في معناهما مثل أن يقول: هو من أهل الخير وهو من أهل الفضل ونحوه. ومن اشتهر بالصلاح والدين قبلت شهادته من غير تزكية ولو عدله رجلان وجرحه آخران ففيه روايتان، قيل: يؤخذ بأعدلهما، والتجريح بالعدالة لا بالعدد، وقيل: بالعدد[6]، وليس عليه عمل، وقيل: يؤخذ بالجرح لأنه يخفى ولا يظهر.

وحكى الخلاف في قبول الجرح المجمل والذي اختاره المحققون من

---

(1) في نسخة: «خق»: (فقيل الشهادة جائزة).
(2) في نسخة: «خق»: (لم تنفع).
(3) في نسخة: «خق»: (ودين).
(4) في نسختي: «ق» و«غ»: (تزكية الشاهد).
(5) ساقطة في نسخة: «خق».
(6) التفريع 2/ 239؛ الكافي ص465؛ المعونة 3/ 1539.

أشياخنا أن التجريح المجمل لا يصح إلا من العالم، فلا بدّ من تفسير الجرح، والتجريح يقع بترك الواجبات أو فعل الكبائر إلا الغيبة إلا أن تتكرر، وقيل: لا يجرح بها، وإن تكررت.

واختلف المذهب هل يشترط في التجريح اتفاق المجروحين على سبب واحد بجرح، واشترطه **سحنون في** كتاب ابنه، ولم يشترطه مرة أخرى مثل: أن يكون كل [64/ظ] واحد منهما شهد بسبب مجرح فيقول أحدهما: شارب خمر، ويقول الآخر: عامل بالربا، فهذا تجريح صحيح على أحد القولين، وباطل على القول الثاني إلا أن يتفقا على السبب الواحد، ويجرح الشاهد بترك الجهة إذا توفرت شروطها الشرعية وإلا فلا، وهل بالمرة الواحد أو بثلاث مرات فيه خلاف بين الأشياخ، ويجرح المليء بمطل غريمه بحق واجب له عليه، لقوله ﷺ: **(مطل الغني ظلم)** وهل ذلك بالمرة الواحدة، أو حتى يتكرر ذلك منه. فيه خلاف بين أشياخنا. قال **سحنون**: ومن كان قادراً على الحج بماله فلم يحج فهو مجروح، إذا طال زمان تركه مع صحة بدنه واتصال فوره منذ عشرين سنة إلى ستين سنة، وقيل: لا تقبل شهادته، قيل له: وإن كان بالأندلس قال: وإن كان بالأندلس ولا يجرح الشاهد (بعداوة)[1] في الدين إلا من هو أعدل منه بخلاف العداوة (وقال **أحمد بن سعيد**[2] ويجرح في العداوة)[3] من لا تقبل شهادته إلا بتعديل، لأن الذنوب تخفى ولا يطلع عليها العدول، وإذا شاء المشهود عليه التمكين من الطعن في الشاهد العدل المبرز مكّنه القاضي من ذلك قاله **سحنون**. قال **أصبغ**: لا يمكن من الجرح بالإسفاه عليه، وأما بالعداوة يمكن. حكى القولين **أبو إسحاق** في تعليقه، وحكى الشيخ **أبو الحسن** عن **مطرف** أنه يمكن إذا جرح

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) أبو عبد الله أحمد بن سعيد بن إبراهيم الهمداني المعروف بابن الهندي، الفقيه العالم بالشروط والأحكام أخذ عن أبي إبراهيم إسحاق بن إبراهيم، وروى عن قاسم بن أصبغ، ووهب بن مسرة، ألف كتاباً في الشروط مفيداً جامعاً، ولد سنة (320هـ - 932م)، وتوفي سنة (399هـ - 1009م). ينظر: شجرة النور الزكية ص101 ع255.

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

من هو مثله أو فوقه أو دونه بالإسفاه والعداوة إذا كان عارفاً بوجوه التجريح. قال **ابن الماجشون**: يجرح (بمن فوقه، ومثله)[1] ولا يجرح بمن هو دونه إلا في العداوة، وأما بالإسفاه فلا[2]، وقد ذكر أنه لا يجرح بعداوة الدين، فلهذا جازت شهادة المسلم على الكافر والعدل على الفاسق بلا خلاف، ثم ذكر أن القيام بتحمل الشهادة فرض على الكفاية، لأنها من مصالح الدنيا، ومن أشد المعاش، قال سبحانه: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة: 282] وقد اختلف العلماء في معناه، فقيل: المراد به وقت التحمل، وقيل: وقت الأداء وهو الصحيح، قال تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282] وقد يتعين فرض الكفاية في بعض الحال، والشهادة من هذا القبيل، وكما منع الله الشاهدين من الإباء، فكذلك منع صاحب الحق من المضار. قال تعالى: ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: 282]. قال القاضي: «**وتحمل الشهادة من أفضل البر**» لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: 2].

ولما يتعلق بذلك من حفظ أموال الناس وحقوقهم وحقوق الله سبحانه. قال الله تعالى: ﴿وَلَوْلَا دَفْعُ ٱللَّهِ ٱلنَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّفَسَدَتِ ٱلْأَرْضُ﴾ [البقرة: 251] قال (سفيان بن عيينة)[3][4] هو ما يدفع الله تعالى بالشهود من التجامد والتظالم[5]، ولذلك يروى أن رسول الله ﷺ قال: (**أكرموا الشهود فإن الله يستخرج بهم الحق، ويدفع بهم الباطل**)[6]، قال الإمام **جمال الدين**

(1) في نسخة: «خق»: (من هو فوقه ودونه).

(2) التاج والإكليل 6/ 176.

(3) كذا في النسختين، وفي تفسير القرطبي 3/ 260 (سفيان الثوري).

(4) أبو محمد سفيان بن عيينة بن أبي عمران الهلالي الكوفي، روى عن أبي إسحاق السبيعي، قال ابن المدني ولد سنة (107هـ ـ 726م)، قال الشافعي: لولا مالك وسفيان لذهب علم الحجاز، جزم ابن الصلاح في علوم الحديث أنه مات سنة (163هـ ـ 780م). ينظر: تهذيب التهذيب 4/ 117 ـ 122.

(5) تفسير القرطبي 3/ 260، وفيه: قال سفيان الثوري هم الشهود الذين تستخرج بهم الحقوق.

(6) وهذا ليس بحديث، وقد أورده بعض فقهاء الحنفية والحنابلة في كتبهم. ينظر: البحر =

أبو الفرج بن الجوزي[1] هذا حديث منكر الإسناد رواته كذّابون، وكذلك أداؤها هو فرض كفاية كتحملها، وقد يتعين حيث تتعين الشهادة، وقد قال سبحانه: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: 2]. وانعقد إجماع الأمة على أن أخذ العوض على تحملها وأدائها حرام. اللهم إلا أن يكون في موضع تلزم بالمشي إليه مشقة وكلفة فيريد الخصم الإتيان بالشهود لتحمل الشهادة، فهذا جائز على كراهة، ولم يزل أهل العلم، والفضل (يأنفون)[2] عنه إلا أن يكون في ذلك كتاب وثيقة أو تسجيل حكم، فجاز أخذ الإجارة على الكتب لا على الشهادة، (والتأنف)[3] عن ذلك طريق أهل الفضل وشأن ذوي المروءات، واتخاذ ذلك مكتسباً وحرفة طريق أهل الرذالة والجهالة على هذا الأمر قديماً وحديثاً، وقد كان خارجة (ومجاهد)[4] يقسمان بين الناس بغير شيء[5] والله الموفق للصواب.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: «**والبينات تختلف باختلاف الحقوق المشهود بها من التوسعة والتضييق**».

جمع في هذا الفصل أحكاماً كثيرة وأنواعاً مختلفة، وفصل القول في جميعها بعد أن أجملها في أربعة أقسام (شاهد)[6] ويمين وكتاب قاض، ومعنى يقتضيه شاهد الحال، وانظر مراده في هذا القسم الرابع فهو مما جرت العادة بالتنبيه عليه، ولعلّه إشارة إلى المرأة تتعلق بالرجل وهي تدمي تدعى عليه أنه استكرهها، وقد بلغت من فضيحة نفسها إلى حال تشهد العادة بصدقها غالباً، وأن المدعى عليه من يليق به ذلك والمرأة من الستر بحيث لا تفعل

= الرائق ،/ 58؛ المبسوط للسرخسي 1316؛ الفروع 2/ 94.

(1) أبو الفرج بن الجوزي جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد التيمي، البكري، البغدادي، الحنبلي الواعظ صاحب التصانيف، ولد سنة 509هـ ـ 1116م. ينظر: سير أعلام النبلاء 21/ 365.

(2) في نسخة: «خق»: (يرغبون).

(3) في نسخة: «خق»: (والتوقف).

(4) في نسخة: «خق»: (زيد).

(5) الجواهر الثمينة 2/ 781.

(6) في نسخة: «خق»: (شهادة).

ذلك بنفسها، وإدخاله اليمين، والمعنى الذي يقتضيه شاهد الحال مع (البينة)[1] فيه نظر؛ إلا أن يريد أن ذلك طريق بإثبات الحق كالبينة، وفصل ذلك إلى ستة عشر قسماً.

الأول: أربعة شهود وذلك مخصوص بالزنا واللواط، ونفصّل القول في ذلك، فأما على رؤية الزنا واللواط فلا يكفي في ذلك عدول يرون الفرج في الفرج كالمردود في المكحلة كما تقدم، وأما الشهادة على الشهادة، وعلى كتاب الحاكم فهل يفتقر في ذلك إلى أربعة، أو يكتفي باثنين فيه قولان في المذهب[2] قد قدمناهما قبل أحدهما أنه يكتفي بشهادة اثنين على كل واحد من الأربعة لأنه نقل لا شهادة على الزنا، **والثاني**: أنه لا يكتفي إلا بأربعة [65/و] على كل واحد من الأربعة، فعلى هذا لا يثبت الحكم بإقامة الحد إلا بستة عشر شاهداً وهذا رحمة من الله لخلقه، وظاهر كلام القاضي أنه لا يكتفي في ذلك باثنين لأنه أدرج الشهادة على الشهادة، وعلى كتاب القاضي به تحت الشهادة على رؤيته.

قوله: «وأما الرجلان فلحقوق الأبدان التي يطلع الرجال عليها غالباً»: يعني كالزنى والقذف والقتل والجراح والنكاح والرجعة والطلاق والعتاق، ورؤية الأهلة وأحسن من قوله أن يقال: الشاهدان العدلان لسائر الأحكام البدنية والمالية من حقوق الله سبحانه، وحقوق الآدميين ولا لمعنى لاقتصاره هنا على ذكر حقوق الأبدان إلا من حيث إن الرجال يختصون بها لا يشاركهم النساء فيها، فأراد ذكر ما وقع الاختصاص به، ولو ذكر الحقوق المالية لدخل فيها النساء. وأما الرجل والمرأتان والشاهد الواحد واليمين والشاهد والنكول، فكل ذلك مخصوص بالأموال، وما يكون المقصود منه المال، لأن الله سبحانه إنما ذكر شهادتين في الأموال، وقد اختلف قول مالك في جراح العمد هل يجب القود فيها بالشاهد واليمين أم لا (فعنه)[3] في ذلك روايتان مبنيتان على أن الواجب به التخيير أو القود. وقول القاضي: **«ففي**

---

(1) في نسخة: «ش»: (اليمين).

(2) المعونة 3/ 1554 ـ 1555؛ المنتقى 7/ 166.

(3) في نسخة: «خ ق»: (عندنا).

الأموال وحقوقها» أما الشهادة (على المال)[1] فظاهرة كالشهادة بالقراض والسلف والملك وغير ذلك، وأما حقوقها فكالشهادة بالبيع والإجارة والرهن والشفعة ونحوه.

قوله: «وفي حقوقها المتعلقة (بالأبدان)[2] خلاف»: إشارة إلى الشهادة على الوكالة بطلب مال وعلى إسناد الوصية التي ليس فيها إلا المال، وقد اختلف المذهب في قبول الشاهد والمرأتين في هذا القسم، فقال **ابن القاسم وأبو وهب**: يقبل في ذلك شاهد وامرأتان. وقال **أشهب وعبد الملك**: لا يقبل في ذلك إلا رجلان ولا يقبل فيه الرجل والمرأتان لأن الوكالة فعل بدن[3]، وإذا لم يقبل فيها الشاهد واليمين فكذلك الرجل والمرأتان، لأن أحدهما لا يقبل إلا حيث يقبل الآخر، وذكر أن الشاهد، ونكول كالشاهد واليمين، ومراده أنه كما يحكم بالشاهد ويمين المدعي كذلك يحكم الشاهد ونكول المدعى عليه[4] خلافاً **للشافعي**[5].

قوله: «وقد بينّا الخلاف في الشاهد والنكول»: انظر أين بين ذلك فلم يقع له ذكر.

قوله: «وأما المرأتان بانفرادهما ففي عيوب النساء والولادة»: هذا يبين قوله في أول الفصل ثم هي بعد ذلك على ثلاثة أضرب: منها منفرد بنفسه يريد كشهادة الرجال والنساء في العيوب ومنها ما يختلف أنواعه فينفرد بعضه، ولا ينفرد سائره، وهذا كشهادة المرأتين في الرضاع، فلا ينفرد ذلك (في الرضاع)[6] حتى ينضم إليه الظهور والانتشار على مقتضى ما فسّره في أثناء كلامه على أحد القولين فيه وينفرد في عيوب الفرج والولادة ونحو ذلك مما لا يطلع عليه الرجال وحكم المرأتين والنكول حكم الشاهد واليمين (معنى ذلك

---

(1) في نسخة: «خق»: (في الأموال).
(2) في نسخة: «ش»: (بالبدن).
(3) بداية المجتهد 2/ 735.
(4) المعونة 3/ 1548.
(5) المهذب 2/ 312. 335.
(6) ساقطة في نسخة: «خق».

أنه يحكم بشهادة المرأتين مع نكول المدعَى عليه في الأموال وحقوقها كما يحكم بالشاهد واليمين)[1] في الأموال وحقوقها فكذلك يحكم (بشهادة المرأتين)[2] بنكول المدعى عليه مع ردّ اليمين على المدعِي. وقال **أبو حنيفة**: إذا نكل المدعى عليه كررت عليه الأيمان ثلاثاً، فإن نكل أخرى غرم من غير يمين المدعي. واختلف قول الحنفية إذا كان ذلك في قتل عمد أو جراحه فلهم فيه قولان: أحدهما: أنه يحبس أبداً حتى يحلف أو يعترف، وهو الذي اعتمد عليه **أبو حنيفة**، والآخر: أنه يحكم عليه بالدية، وعليه اعتمد صاحبه **أبو يوسف**[3]: وأما يمين المدعي مع قوة السبب فله أمثلة منها يمين المشتري للسلعة إذا اختلف هو والبائع في مقدار الثمن، وكان المشتري قد قبض السلعة فقوّى جانبه ورجع سببه بالقبض، وكذلك اختلاف الزوجين في قبض الصداق، فالقول قول الزوج بعد الدخول لأنه قبض السلعة، فإن لم يدخل فالقول قول المرأة لأن سلعتها بيدها، وذلك من باب تحكيم العرف والشهادة بمقتضى العادة، ثم ذكر شهادة الصبيان، وذكر بقبولها تسعة شروط: أن يكونوا ممن يعقل الشهادة، وأن يكونوا أحراراً ذكوراً محكوماً لهم بالإسلام وأن يكن المشهود به جرحاً أو قتلاً، وأن يكون ذلك بينهم خاصة، وأن يكونوا اثنين فأكثر، وأن تكون شهادتهم قبل تفرقهم، وأن لا يختلفوا، هذا أقصى الشروط التي ذكرها القاضي، وأعلم أن شهادة النساء والصبيان خارجة عن الأصل، أما النساء في غير الأموال فلأن الله تعالى إنما ذكر شهادتهن في الأموال فأجيزت في الولادة والاستهلال من باب الضرورة، وكذلك القول في شهادة الصبيان كالقول في شهادة النساء، أما شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال من الولادة والاستهلال وعيوب الفرج والسقط والحيض، والرضاع، قال **أصبغ**: وما تحت الثياب، وذلك كله على وجه الضرورة. قال الشيخ **أبو الحسن**: شهادة النساء في الولد على ثلاثة أوجه[4]

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) مختصر الطحاوي ص367ن؛ مختصر القدوري 4/ 30 ـ 31.
(4) التبصرة 3/ 9/و.

على (نفس)[1] الولادة وعلى الاستهلال وعلى (المولود)[2]، أما شهادتهن على الولادة فلا يخلو [65/ظ] أن يكون الولد موجوداً (أم لا، فإن كان موجوداً جازت شهادتهن عليه، لأن وجوده يصدقهن، فيشهدن أن هذه ولدته، واختلف إذا لم يكن الولد موجوداً)[3] فأجازها **ابن القاسم**، ومنعها **ربيعة وسحنون**، قال الشيخ **أبو الحسن**: ورأى أن شهادتهن لا تقبل إذا لم يكن الولد موجوداً[4] إذا كانت المناكرة بقرب الولادة، لأنه يقدر على إظهار الولد، وإن كان مقبوراً أو طال الأمد، وتعذر الكشف عليه قبلت شهادتهن وإلا لم تقبل، وكذلك تقبل شهادتهن على الاستهلال، واختلف إذا شهدتا أنه ذكر هل تقبل شهدتهن أم لا. وقال **أشهب**: لا تجوز شهادتهن على أنه ذكر، لأن هذا مم يمكن أن يراه الرجال، وقال **أصبغ**: إن فات أمره بالدفن، وطال مكثه، قبلت شهادتهن على ذلك، وإلا لم تقبل ولا فرق بين أن يستحق ميراثه بيت المال أو غيره من الورثة، وقد فرق بينهما، والصواب أنه سواء، وتقبل شهادة النساء في عيوب الفرج، واختلف إذا كان العيب في غير الفرج فقيل: ينقر الثوب ليراه الرجال، وقيل: يرجع فيه إلى شهادة النساء، وهل تقبل في ذلك المرأة الواحدة لأنه كالحكم أم لا بدّ من امرأتين فيه خلاف في المذهب، واختلف في شهادة النساء فيما بينهن في العرس والحمام والمأتم في القتل والجراح هل تقبل أم لا؟

ومبنى الخلاف على ما ذكرناه من اعتبار الضرورات في مثل هذه الحال، فتجوز شهادة المرأتين وإن لم تكونا عدلين، لأن هذه مواطن لا يحضرها العدول، وإن عدل منهما اثنان اقتصر بشهادتهم في القتل من غير قسامة وفي الجراح بغير يمين، لأن شهادة اثنتين فيما لا يحضره الرجال كشهادة رجلين، وأما شهادة الصبيان، فقد اختلفت الرواية فيها، وقال **محمد بن عبد الحكم**: لا تجوز شهادتهم فيما بينهم، لا في جراح ولا في قتل، لأن الله سبحانه، إنما أجاز شهادة أهل العدل والرضا والمشهور جواز

---

(1) في نسخة: «خق»: (تعين).
(2) في نسخة: «خق»: (أن الولد ذكر).
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) التبصرة 3/ 9/و.

شهادة الصبيان فيما بينهم (للضرورة، وإذا بنينا على المشهور من جواز شهادة الصبيان فيما بينهم)[1][2] فقد اختلف المذهب في مسائل تتعلق بذلك.

المسألة الأولى: من لم يحضر من الصبيان معهم في المعترك هل تجوز شهادتهم بينهم أم لا؟ فيه قولان: الجواز والمنع، وصورة المسألة: أن لا يكون الصبيان المشهود منهم ولكنهم (مروا بهم)[3] وهم يلعبون في المعترك. قال **مالك**: تجوز فيما بينهم في المعترك الذي يكون بينهم، وقال **ابن مزين**: تجوز شهادتهم كانوا معهم في المعترك أم لا؟

المسألة الثانية: الإناث هل يشهدن فيه أم لا؟ قال **محمد**: لا تجوز شهادة الإناث، وإن كان ذلك فيما بينهن، وأجازها **عبد الملك** وغيره في الذكور والإناث[4].

المسألة الثالثة: هل يشهدن في القتل كما تجوز شهادتهن في الجراح أم لا؟، فيه قولان: المشهور جوازها في القتل والجراح، والشاذ أنها لا تجوز إلا في الجراح فقط[5].

المسألة الرابعة: إذا شهد كبار عدول بمعاينتهم بخلاف ما شهد به الأصاغر. قال عبد الملك: تسقط شهادة الصغار بشهادة الكبار. وقال غيره: لا تسقط، وهي متعارضة فيقع الترجيح.

المسألة الخامسة: اختلف المذهب إذا خالط الصبيان رجل هل تسقط شهادتهم لإمكان أن يكون جنبهم أم لا؟ وفيه قولان: أحدهما: سقوط شهادة الصبيان[6] لما ذكرناه من إمكان التخبيب[7]، والثاني: أن شهادتهم ماضية.

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) التبصرة للخمي 3/ 9/ ظ.
(3) في نسخة: «خق»: (يرونهم).
(4) التبصرة 3/ 9/ ظ.
(5) التفريع 2/ 2/ 238؛ المعونة 3/ 1524.
(6) المعونة 3/ 1526.
(7) التخبيب: إفساد الرجل عبداً أو أمة لغيره، يقال خببها فأفسدها. ينظر: لسان العرب 1/ 342.

المسألة السادسة: إذا اختلفت شهادة الصبيان فشهد اثنان أن هذين قتلاه، وقال المشهود عليهما: بل أنتما قتلتماه فقيل: تسقط الشهادتان وهو الصواب لاختلافهم، وقيل: تكون الدية على عاقلة الأربعة.

المسألة السابعة: شهادتهم لكبير أو عليه، المشهور أنها غير جائزة، وأجازها **ابن حبيب** للكبير وعليه، وأجازها محمد لكبير في القتل ولم يجزها في الجراح.

المسألة الثامنة: قال **مالك**: ليس في الصبيان قسامة، وعنه رواية أخرى أنه يقسم مع شهادة الصبيان. وفي كتاب **ابن مزين**: يقسم مع شهادة الصبي الواحد في العمد والخطأ. وصورة ذلك: إذا شهد الصبيان بالجرح فنزا الجرح فمات، هل للأولياء أن يقسموا مع شهادتهم أم لا؟ فيه قولان.

المسألة التاسعة: هل يراعى ما يكون بين الصبيان من قرابة أو عداوة فيه قولان. قال **ابن القاسم**: لا تجوز شهادة القريب لقريبه ولا العدو على عدوه، وحكى أشياخنا قولاً ثانياً: أن القرابة والعداوة في شهادة الصبيان غير معتبرة ونص **عبد الملك** على جوازها مع العداوة.

المسألة العاشرة: إذا اتفقت شهادة الصبيان وثبتوا عليها ولم يرجعوا بنى على ذلك، فإن رجعوا عنها أخذنا بأول قولهم، ولم يلتفت إلى آخر قولهم.

قوله: «وأما شهادة السماع ففيما لا (يتعين)[1] وذلك في أربعة شياء: النسب والموت والولاء، والحبس والوقف، وقيل [66/و] **في النكاح، وتقادم الملك»**. (قال المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ)[2] الشهادة على السماع جائزة داخلة تحت قوله تعالى: ﴿وَمَا شَهِدْنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا﴾ [يوسف: 81] لأن السماع المستفيض يحصل به العلم، فالشهادة به شهادة العلم، ولا خفاء في وجوب العمل بها هذا طريقه إلا أنها لخروجها عن أصل العيان اختصت بحال دعت إليه الضرورة فيها فوقفت على هذه الحال دون سائر المواضع وهي الأربعة التي ذكرها القاضي: النسب والموت والولاء والحبس[3]، واختلف في مسائل تتعلق بهذا.

---

(1) في نسخة: «ش»: (يتعين).
(2) في نسخة: «خو»: (قلت).
(3) التاج والإكليل 4/ 244.

الأولى: إذا كانت الشهادة على سماع مستفيض يحصل به العلم وتثلج به النفس فهي الأولى في مراتب السماع، وتجوز الشهادة على السماع في الرباع فيما قدم، وإن لم يقع بها العلم نصّ عليه الشيخ **أبو الحسن** وغيره من أشياخ المذهب، وهي على ثلاثة أقسام يبقى بها في اليد ما هو تحت اليد ولا ينزع بها ما عليه يد، واختلف هل يؤخذ بها ما ليس عليه يد. قال **محمد**: ولا تجوز في ذكر الحقوق، ولا في الودائع[1].

المسألة الثانية: إذا حكمنا بشهادة السماع في عفو الأرض أو خراب لا يد عليه، وقضى لمن شهد له به، فهل يفتقر مع ذلك إلى يمين أم لا؟ قال **ابن القاسم**: يقضى له به بعد يمينه، وقال **أشهب**: بغير يمين كالشهادة على السماع في الولاء والنسب[2].

المسألة الثالثة: الشهادة على السماع في النكاح مختلف في جوازها. قال **سحنون**: جلّ أصحابنا يقولون في النكاح أنه إذا انتشر خبره أن فلاناً تزوج فلانة، ويسمعون الدفاف[3] فله أن يشهد أنها زوجه وكذلك في الموت تسمع النياحة فيشهد أن فلاناً مات، وإن لم يحضر جنازته، وكذلك القاضي يولي ولا يحضر ولايته إلا ما سمع من الناس، فهذا كله تجوز الشهادة فيه على السماع.

المسألة الرابعة: اختلف المذهب هل من شرط شهادة السماع أن يسمع من العدول أم لا؟ والمشهور أنه ليس بشرط، فإن نقلوا عن قوم عدول أشهدوهم فهو نقل لا شهادة سماع، وقيل: لا ينتفع بشهادة السماع حتى يعرفوا أن الذين كانوا يسمعون منهم عدول. قال **عبد الملك**: ولا تجوز من غير أهل العدل من سامعين أو مسموعين أن دار فلان لفلان الغائب (قلت)[4] لأن هذا انتزاع من الحاضر للغائب فتطلبت فيه العدالة قولاً واحداً، ولا يقتصر في شهادة السماع على شاهدين دون أن يكشف ذلك من غيرهما، فإن

---

(1) التبصرة للخمي 3/ 13.
(2) التبصرة للخمي 3/ 13/ و.
(3) المنتقى 7/ 169 ـ 170.
(4) ساقطة في نسخة: «خق».

لم يوجد علم ذلك عند غيرهما لم تقبل شهادتهما لأن الأمر المستفيض والمنتشر لا يختص بعلمه الرجال.

وتجوز شهادة السماع في الأحباس القديمة. قال **مالك**: وههنا أحباس رسول الله ﷺ وأصحابه لا تعلم الآن عندنا إلا بالسماع. قال **محمد بن عبد الحكم**: ويجوز أن يشهد على امرأة أنها زوجة فلان إذا كان (يحوزها)[1] بالنكاح، وإن كان تزويجه قبل أن (يولد)[2] كما يشهد أن هذا ابن لها، وإن لم يحضر، قال **مالك**: ويقضى بها في الولاء المنتشر الذي يقع العلم به مثل **نافع مولى ابن عمر**. قال **ابن الماجشون** في المبسوط: أقل ما يجزئ في الشهادة على السماع أربعة [3].

قوله: «**وشهادة الأعمى جائزة، وكذلك الأخرس إذا (فهمت إشارته)**[4]» وهذا مذهب **مالك** الذي لا اختلاف فيه عندنا أن شهادة الأعمى جائزة مطلقاً في كل شيء إلا فيما طريقه الرؤية فقط، فأما ما طريقه سماع الصوت أو اللمس أو الذوق أو الشم فكل ذلك جائز عندنا[5] خلافاً **للشافعي وأبي حنيفة** فإنهما قالا: لا تقبل شهادته إذا تحملها أعمى أو أخرس[6]، والدليل لنا: أن الصحابة والتابعين رووا عن زوجات النبي ﷺ بعد نزول الحجاب، وليس كذلك طريق إلا الصوت وقال ﷺ: (**فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن أم مكتوم**). ولا فرق بين أذان بلال وابن أم مكتوم إلا بالصوت، (وإذا كان للأعمى)[7] وطء زوجته بالإجماع وهو لا يعرفها إلا بالصوت، فشهادته أولى بالجواز، لأن الإقدام على الفروج أغلظ من الشهادة بالحقوق.

قوله: «**ومن شهد بشهادة ثم رجع عنها**» إلى آخره. الرجوع عن الشهادة

---

(1) في نسخة: «خق»: (تروجها).
(2) في نسخة: «خق»: (يوجد).
(3) التبصرة 3/ 13/ ب.
(4) في نسختي: «ق» و«غ»: (فهم عنه).
(5) التفريع 2/ 236؛ الكافي ص464؛ المعونة 3/ 1557؛ وبه قال الحنابلة. ينظر: الإنصاف 12/ 61.
(6) مختصر القدوري 4/ 60؛ الهداية 3/ 135؛ شرح فتح القدير 6/ 88؛ الإقناع ص202؛ روضة الطالبين 11/ 264؛ مغني المحتاج 4/ 446.
(7) ساقطة في نسخة: «خق».

جائز إذا استند إلى وجه صحيح، فأما أن يرجع بإكذاب نفسه أو بدعوى الغلط، ولا يخلو إما أن يرجعوا عن شهادتهم قبل الحكم أو بعد الحكم بها، فإن رجعوا قبل الحكم بها قبل رجوعهم، ولم يحكم بشهادتهم ولم يلزمهم بالرجوع شيء إذا لم يتلفوا شيئاً إلا أن يقرروا بتعمُّد الكذب والزور، فعلى الإمام أن يعاقبهم عقوبة شديدة وعقوبة شاهد الزور، وإن رجع الشهود بعد الحكم بشهادتهم غرموا ما تلفوا بشهادتهم بلا خلاف إن كان رجوعهم لإقرارهم بتعمُّد الكذب، وإن ادعوا الغلط فهل يرجع عليهم بشيء أم لا؟ قال **عبد الملك**: لا يرجع عليهم إذا ادعوا الغلط بشيء[1]، والمشهود أنهما إذا شهدا بمال، وقالا: غلطنا في ذلك أن الحكم لا ينقض ويغرم الشاهدان المال، ولا يرجع على المشهود عليه، وإنما قلنا: إن رجوعهم بعد استيفاء الحكم لا ينقض به الحكم، لأن رجوعهم إن كان تكذيباً لأنفسهم فذلك (تفسيق)[2] منهم لأنفسهم، والحكم لا ينقض بقول فاسق. وإن كان عن غلط فيجوز أن يغلطوا في قولهم آخر فليس نقض الأول بأولى من [66/ظ] نقض الآخر، لا سيّما وقد تعلق بقولهم الأول حق المشهود له.

واختلف المذهب إذا شهدوا بأن فلاناً قتل فلاناً عمداً، ثم قتل به فأقروا بتعمُّد الزور في شهادتهم هل يقتلون (وهو الصحيح نظراً)[3] وهو قول **الأشهب**، أو لا يقتص منهم، وعليهم الدية، وهو قول **ابن القاسم**[4]، ولا خلاف في ادعائهما الغلط أنهما لا يقتلان ولكن يغرمان الدية على المشهور، ويغرم أحدهما برجعه النصف، لأنه أتلف ذلك بشهادته.

قوله: «ولا يمنع ذلك قبول شهادتهم في المستأنف»[5]: يريد ادعوا الغلط، ولم يقروا بتعمُّد الكذب، لأن الإنسان غير معصوم من الغلط، وإن أقرّوا بتعمُّد الكذب فقد شهدوا على أنفسهم بالجرحة والفسق، والفاسق مردود الشهادة مطلقاً.

---

(1) المعونة 3/ 1560.
(2) في نسخة: «خق»: (فسق).
(3) في نسخة: «خق»: (والصحيح يقتص منهم).
(4) المعونة 3/ 1560.
(5) المراد بالمستأنف أي المستقبل يعني أنه لا يمنع شهادتهما في المستقبل.

قوله: «ولو ثبت فسق الشهود بعد الحكم، والاستيفاء بشهادتهم لم يلزم الحاكم شيء مما تلف بشهادتهم، ولو ثبت رقهم أو كفرهم ضمن» وهذا كما ذكره، والفرق بينهم ظاهر، وهو أن العدالة اجتهادية فللحاكم أن يقول: غلب على ظني العدالة بالاجتهاد وهو في الكفر الرق مفرط في اختيار حال الشهود، لأن ذلك ظاهر ليس كالعدالة.

فصل: قال الناضي رَحِمَهُ اللَّهُ: **«وإذا تداعى الرجلان شيئاً بأيديهما أو في يد غيرهما مما لا يدّعيه لنفسه أو ليس في يد أحدهم حكم به لمن أقام البينة على أنه له»** وهذا كما ذكره، وذلك أن التقسيم في هذه المسألة يرجع إلى ثلاثة أشياء إلى اليد وإلى البينة، وإلى صفة الدعوى، لأن ذلك كله يمكن الاختلاف فيه، فنقول: إن كانت الدعوى متساوية، وادعى كل واحد جميعه، فإما أن يكون في أيديهما معاً، أو في (أيد أحدهما)[1] أو لا يد عليه البتة، فإن كان الشيء في أيديهما، أو في يد غيرهما، فأقاما (معاً)[2] البينة عليه حكم به لهما (بعد أيمانهما)[3] إن تساوت البينة في عدالتهما، فإن كان البينة أحدهما أعدل من الأخرى قضى له به، هذا إذا كان في أيديهما معاً أو في يد غيرهما، فإن كان في يد أحدهما فهو لصاحب اليد مع يمينه، فإن أقام الآخر البينة فالبينة أولى من اليد، فإن أقام صاحب البينة أيضاً حكم بأعدل البينتين، فإن تكافأتا، سقطتا وكان صاحب اليد أولى.

واختلف المذهب إذا تنازعا عفواً من الأرض، فقيل: يقتسمانه بمنزلة ما لا يد عليه. وفي المدونة: يبقى كغيرها من عفو بلاد المسلمين[4]، وكذلك اختلف المذهب أيضاً إذا تكافأت البينة في الترجيح بالأكثر، فمذهب المدونة أنه يرجح بالأعدل، ولا يرجع بالأكثر **(فروى ابن حبيب)**[5] عن **ملك** أنه إذ استووا في العدالة رجح بالأكثر، واختلف أيضاً إذا أقام أحدهما شاهدين

---

(1) في نسخة: «خق»: (يد غيرهما).
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) المدونة الكبرى 13/ 187.
(5) ساقطة في نسخة: «خق».

والآخر رجلاً وامرأتين أو شاهداً واحداً، وقال: أحلف معه. فأجرى **ابن القاسم** الشاهد واليمين مجرى الشاهدين، فإن كان أعدل قضى به مع يمين القائم به، وقال مرة الدار لصاحب الشاهدين ورجحه على الشاهد واليمين[1].

وأما صفة الدعوى فمثل أن يدّعي أحدهما جميعه، ويدّعي الآخر نصفه، أو يدّعي ثلثه. واختلف المذهب أيضاً في كيفية القسمة في هذه الصورة على قولين: أحدهما: أن القسمة على عدد الرؤوس بالسوية، والمشهور أن القسمة على صفة اختلاف الدعوى[2]، وذلك أنه إذا ادّعى أحدهما جميعه، وادّعى الآخر نصفه، فمدّعي النصف قد سلم لصاحبه النصف، ونازعه في النصف (فيأخذ مدّعي الجميع ثلاثة أرباعه ونصفه بالتسليم من صاحبه وربعه بحق القسمة)[3] ويأخذ مدّعي النصف الربع فقط، وعلى هذا المنهج تجري مسائل الاختلاف في حال الأنصباء على هذين القولين، والصحيح أن القسمة على صفة اختلاف الدعوى لأن مدّعي النصف مثلاً مقرّاً بأنه لا حق له في النصف الآخر، فكان مدّعي الكل قد حازه، ولا مخاصم له فيه، على هذا تخرج المسائل في الأصل، ولو ادّعى أحدهما الكل، والآخر النصف، والثالث الثلث فإن قلنا: إن القسمة بينهم كالعدد فلا إشكال، وإن قلنا: إن القسمة على صفة الدعوى قسم بينهم على ستة وثلاثين سهماً، لمدّعى الكل خمسة وعشرون سهماً، ولمدّعي النصف سبعة أسهم ولمدّعي لثلث أربعة، وإنما ذلك لتسلم السماع، وتقريب العمل فيه أن يقال لمدّعي النصف سهمان وثلث من اثنى عشر، ولمدّعي الثلث سهم وثلث، فيضرب لِتَسْلَم السهام، فتبلغ ستة وثلاثين سهماً وهكذا على هذا التقدير يقع العمل في مثل هذه المسألة.

قوله: «فإن كان مالاً حكم بأعدل البينتين»: انظر معنى هذا التقييد بقوله: «فإن كان مالاً» ولعله إشارة إلى مسألة النتاج، وهي إذا شهدت البيّنة لكل واحد (منهما)[4] أنها نتجت عنده كان تكاذباً [67/و] ولا يقضى بشيء من

(1) المعونة 3/ 1566؛ التاج والإكليل 6/ 211.
(2) المعونة 3/ 1571 ـ 1573.
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) ساقطة في نسخة: «ش».

البينات، وهذا من مواضع التنبيه ونكت الكتاب، والذي ظهر لي الآن فيه هو ما ذكرته.

قوله: «ومن ترك (ابنين)[1] فأقرّ أحدهما بثالث أعطاه ثلث ما في يده»:
وهذا الإقرار يتعلق به حكمين حكم النسب، وحكم المال، أما النسب فلا يثبت عندنا بإقراره[2]، ويثبت به المال، واختلف المذهب في القدر الذي يلزم المقرّ أن يعطيه، فالمشهور أنه (يعطيه ثلث)[3] ما بيده، لأن إقراره على نفسه وعلى أخيه فمقتضاه ثلث ما في يده وهو الذي كان يلزمه لو اعترف الأخ الثالث والشاذ أنه يعطيه نصف ما بيده[4]، لأن المال الذي بيده قد أقرّ لأخيه بنصفه، وكان الأخ الثالث الجاحد ظالماً لهما فمقصود المسألة: هل يجعل إقراره على نفسه وعلى أخيه، أو على نفسه خاصة، وكذلك لو ترك ولدين فأقرّ أحدهما بدين على لميت فإقراره مقبول على نفسه وهو شاهد على أخيه إن كان عدلاً فيحلف المدّعي مع شهادته، ويأخذ جميعه، وإن كان غير مقبول الشهادة ببعض الإقرار عندنا فيلزمه من الدين ما كان نصيبه أو لو اعترف أخوه.

وقال **أبو حنيفة**: يلزم المقرّ جميع الدين في حصته[5] وهو ضعيف في النظر، لأن إقراره على نفسه وعلى أخيه فلم يلزم ظلم غيره، ثم تكلم على اختلاف الزوجين في متاع البيت والرجوع في ذلك إلى العادة فما شهدت العادة أنه (متاع)[6] الرجل فهو له، وما شهدت أنه من متاع المرأة فهو لها، وإن كان مما يصلح لهما فقولان: المشهور أنه للرجل مع يمينه، لأنه رب المنزل، والشاذ أنه لهما بعد أيمانهما وهو قول المغيرة[7]، وسواء كان (هذا الاختلاف قبل الطلاق أو بعده، وسواء كانت)[8] الدار لهما أو لأحدهما، أو بكراء وورثتهما

(1) في نسخة: «غ»: (ابنتين).
(2) الشرح الكبير 3/ 417.
(3) في نسخة: «خق»: (تلق).
(4) المعونة 3/ 574.
(5) مختصر القدوري 2/ 87.
(6) في نسخة: «خق»: (من).
(7) المعونة 3/ 575.
(8) ساقطة في نسخة: «خق».

في ذلك بمنزلتهما، وهذا كله من باب تحكيم العادة، وشهادة العرف وقد قال الله سبحانه: ﴿وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [لقمان: 17]. وقال في قصة يوسف عليه السلام: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿26﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿27﴾﴾ [يوسف 26، 27] وأمر ﷺ أن تعطى اللقطة لمدّعيها بمعرفة العفاص والوكاء، إذ لا يعرفها إلا ربها غالباً.

قوله: «ومن مات عن دين فيه شاهد (وعليه دين)[1] فللورثة أن يحلفوا ويحكم لهم، ثم يأخذ الغرماء (بديونهم)[2] منه، فإن فضل كان للورثة، وإن أبى الورثة أن يحلفوا حلف الغرماء، واستحقوا» وهذا كما ذكره[3]، وأن الورثة يقومون مقام الموروث، ولو كان الميت حياً لحلف مع شاهده، فكذلك ورثته فإذا أخذوا المال بشاهدهم ويمينهم قضوا منه الدين، لأن الدين مقدم على الميراث وإن كان الدين مستغرقاً للدين فلا شيء للورثة أن الإرث بعد الدين، فإذا تزاحما فالدين مقدم، فإن امتنع الورثة من اليمين فليس للغرماء إجبارهم عليها، لأن من حق الورثة أن يقولوا لا فائدة لنا في يمين يستحق بها غيرنا، وللغرماء حينئذ أن يحلفوا عندنا إذا نكل الورثة وينزلون منزلة الورثة، وقال **الشافعي**: ليس لهم ذلك، لأن الشاهد ليس لهم، وإنما قام بحق الميت[4]، وعندنا أنه صار حقاً لهم في المعنى، فإذا حلف الغرماء، وثبت في الدين، وكان فيه فضل (عن الدين)[5] لم يستحق الورثة البقية لنكولهم عن اليمين أولاً وامتناعهم عنها إلا أن يظهر لامتناعهم عذر مثل: أن يقولوا كنا نظن أنه لا يفضل لنا شيء، فلم نرَ أن نحلف على ما يستحقه غيرنا، فإذا فضل ما نأخذه، فلنا أن نحلف عليه ونأخذه.

قوله: «ومن أحلف خصمه، ثم علم أنه بينة أقامها، وحكم له بها» وهذا فيه تفصيل وذلك: أنه إما أن يكون عالماً بالبيّنة أو غير عالم، فإن كان غير

(1) ساقطة في نسخة: «ش».
(2) في نسخة: «ش»: (بدينهم).
(3) المعونة 3/ 1572؛ الكافي ص483.
(4) الأم 6/ 194؛ مختصر المزني ص309 ـ 310.
(5) ساقطة في نسخة: «خق».

عالم بالبينة فلا خلاف عندنا أن له القيام بها بعد أن أحلف غريمه، وإن كان عالماً بها، فلا يخـو أن تكون البينة حاضرة أو غائبة وإما أن تكون بعيدة الغيبة، فإن كانت غائبة بعيدة الغيبة وهو عالم بها، فله استحلاف غريمه بلا خلاف، قال **مالك**[1]: إذا قال بينتي غائبة بعيدة الغيبة فحلفه لي فعلى الإمام أن يحلفه رجاء أن ينكل، ولا يتكلف المدّعي بينة، وإن كانت قريبة الغيبة، أو حاضرة، فأحلفه، ثم أراد القيام بها، فهل له ذلك أم لا؟ فيه قولان: أحدهما: أنه ليس له ذلك، لأنه لما علم بها، وعدل إلى اليمين صار تاركاً لها فمحمل يمينه على الترك لها، وقال **مالك وابن وهب** في كتاب **محمد**: له أن يقوم بها. قل به **ابن القصار** وقال: لأن المدّعي لو أقرّ بعد يمينه لوجب عليه الحق فوجب إذ أقام المدّعي البينة في هذا الحال أن يكون له ذلك أصله الإقرار. واختار الشيخ **أبو الحسن** أن يسأل[2]، فإن قال: إنما أحلفت على علمي بالبينة رجاء أن ينكل (ولا أتكلف ببينة)[3] أو لأن ذلك أقرب لأخذ حقي من ضرب الأجل إن ادعى مدفعاً بالبينة، أو تجريحاً أو ليتبين أنه ممن يحلف على الباطل، أو لأن السعي في تعديل الشهود يشق عليّ، فإنه يحلف على صحة ذلك، ويقوم بالبينة، وإن لم (يذكر)[4] وجهاً كان ذلك تركاً للبينة، وإن أشهد أنه يحلفه لا لإسقاط البينة بل لما ذكرناه من الوجوه قام (ببينته)[5] بلا خلاف. وقال القاضي: «**ولو أحلفه عالماً بها تاركاً لها**» لم يكن له ذلك، وفيه خلاف هذا فيه مسامحة منه، لأنه إذا علم أنه تاركاً لها فليس محل الخلاف [67/ظ] وإنما الخلاف في الصورة المحتملة، وظاهر كلام القاضي أن الخلاف في محل تقرر فيه الترك لها، وهذا لا قائل به.

قوله: «ويحلف الحالف على فعل نفسه قطعاً وعلى فعل غيره علماً» وهذا كما ذكره[6]. وصورة ذلك: أن يدّعي رجل بمال فيقرّ له به، ويزعم أنه

(1) المدونة 12/ 137.

(2) عيون الأدلة 6/ 4/و مخطوط خزانة جامع الكبير بمكناس.

(3) في نسخة: «خق»: (ولا يحلف عنه).

(4) في نسخة: «خق»: (يكن له).

(5) في نسخة: «خق»: (بينة بعد يمينه).

(6) يعني أن الإنسان إذا حلف على فعل نفسه حلف على سبيل اليقين فيقول: والله ما =

قضاه فيحلف في فعله على القطع، ولو ادّعى على موروثه حلف على العلم أنه قد قضاه، لأنه يصل إلى القطع في فعل نفسه دون غيره وكذلك إذا ادّعى عليه في حق له أنه اقتضاه (إياه)[1] فيحلف على القطع في إبطال هذه الدعوى عليه وعلى العلم في حق موروثه فيقول: لا أعلم أنه اقتضاه. ولو حلف في هذه الصورة على البت كان كاذباً بلا خلاف، لأن القطع في مثل هذا لا يتصور لاحتمال أن يكون موروثاً اقتضاه ولم يشعر. واختلف إذا شهد شاهد (بمال)[2] فنكل المشهود له عن اليمين حلف المطلوب ثم وجد الطالب شاهداً آخر بذلك الحق. ففي كتاب **محمد** يستأنف الحكم، ويحلف مع هذا الثاني وإلا رد اليمين فيحلف المدعى عليه ثانية. وروى **ابن كنانة** عن **مالك** أنه لا يضم الثاني إلى الأول، ولا يحلف مع الثاني، ويكتفي باليمين الأول ووجود الشاهد الثاني كعدمه، لأنه حق قد استحلف عليه، ولو ادّعى عليه (فأحلفه)[3] ثم وجد المدّعي شاهداً واحداً، فقال **ابن القاسم** وغيره: يحلف مع الشاهد الواحد ويستحق. وقال **ابن كنانة**: ليس له ذلك، لأن المدّعى عليه قد أسقط بيمينه الحق الذي ادّعى عليه به، ولو شهد شاهد بصدقه، أو حبس على الفقراء أو شهد لصغير فحلف المشهود عليه في جميع ذلك، ثم وجد شاهداً آخر، فإنه يضم الشاهد الثاني إلى الأول ويقضي بهما، وإذا شهد للصغير بمال حلف المشهود عليه، وترك حتى (يبلغ)[4] الصغير فيحلف مع شاهده ويستحق، فإن نكل الغريم في هذه الصورة غرم مكانه، وهل يحلف الصغير إذا كبر أم لا؟ فيه قولان. قال **محمد**: لا يحلف الصغير إذا كبر، وقيل: لا ينتزع الحق من الغريم إذا نكل ولكن يرجى (إلى حال البلوغ)[5]، فإن نكل الصبي بعد بلوغه حلف المطلوب (وإذا شهد شاهد لسفيه حلف معه لأنه كالرشيد في اليمين، فإن نكل

= فعلت هذا الأمر مثله، أما إذا حلف على غيره حلف على العلم فيقول: والله لا أعلم أن فلاناً قام بكذا وكذا.

(1) في نسخة: «خق»: (أيضاً).
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) ساقطة في نسخة: «ش».
(4) في نسخة: «خق»: (يحتلم).
(5) في نسخة: «خق»: (الصغير إذا كبر إلى حال بلوغه).

السفيه حلف المطلوب)[1] وبرئ، وليس للسفيه أن يرجع بعد إلى اليمين.

قوله: «وتغلظ الأيمان (بالزمان والمكان)»[2]: والدليل على (التغليظ)[3] بالمكان قوله ﷺ: (**من حلف عند منبري على يمين كاذبة ولو على شراك من أراك فليتبوأ مقعده من النار**)[4]. وقد استحلف أبو بكر وعمر عند المنبر وطولب عثمان بن عفان بيمين وجبت له (عند المنبر)[5] فأبى أن يحلف وافتدى من ذلك، لأن المقصود من الأيمان الزجر والردع، وذلك في الأمكنة الشريفة أبلغ، وتغلظ في الدماء واللعان بالزمان لقوله سبحانه: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ﴾ [المائدة: 106] والمراد صلاة العصر. وفي صحيح **مسلم**: (**ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم**)[6] فذكر فيهم من حلف بيمين كاذبة بعد العصر، ولا تغلظ بالمكان في الشيء القليل. قال **مالك**: يحلف في مكانه في أقل من ربع دينار، وحيث يعظم من المسجد الجامع في ربع دينار فصاعداً[7]. وقال **ابن الجلاب**[8]: يستحلف الناس في أقل من ربع دينار في سائر المساجد، وتحلف المرأة في بيتها في أقل من دينار، وفي دينار فأكثر في

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».

(2) في نسختي: «غ» و«ق»: (بالمكان والزمان).

(3) في نسخة: «خق»: (تغليظ اليمين).

(4) حديث: (**من حلف عند منبري على يمين كاذبة**): سنن أبي داود، كتاب الأيمان والنذور، باب ما جاء في تعظيم اليمين عند النبي، حديث (3246) 3/ 221؛ مصنف ابن أبي شيبة 4/ 462.

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) حديث: (**ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم**): صحيح البخاري، كتاب المساقاة، باب من منع ابن السبيل من الماء، حديث (2230) 2/ 831؛ صحيح مسلم، كتاب الأيمان، باب بيان غلظ تحريم إسبال الإزار، حديث (106) 1/ 102؛ سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن حلف على سلعة كاذباً، حديث (1211) 3/ 516؛ سنن أبي داود، كتاب الحمام، باب ما جاء في إسبال الإزار، حديث (4087) 4/ 56؛ سنن النسائي، كتاب الزكاة، باب المنان بما أعطى، حديث (2562) 5/ 80؛ سنن ابن ماجه، كتاب الكفارات، باب ما جاء في كراهية الأيمان في الشراء والبيع، حديث (2207) 2/ 744.

(7) التفريع 2/ 243.

(8) المعونة 3/ 1585.

الجامع، وإن كانت في الشرف أو المرض بحيث لا تخرج نهاراً أخرجت ليلاً، وإن كانت ممن لا تخرج أحلفت في أقرب المساجد إليها.

وقال القاضي في معونته: «**إذا كانت من ذوي الشرف والقدر جاز أن يبعث الحاكم إليها من يحلفها في بيتها**»[1]، لأن في ذلك صيانة لها، واختلف هل يقام الحالف. ففي كتاب **ابن سحنون** يحلف جالساً، وفي كتاب **محمد** قائماً، وليس في الصحيح إقامة الحالف، ومن حلف جالساً أجزأه، وهو واسع، وهل تغلظ الأيمان باللفظ أم لا؟ المشهور أنها لا تغلظ، وليقتصر على أن يقول: والله الذي لا إله إلا هو، ولو قال: «والله» أجزأه، ولو قال: «والذي لا إله إلا هو» أجزأه أيضاً، وقيل: لا يجزئه (قاله **أشهب** في كتاب **محمد** قال حتى يقول: «والله الذي لا إله هو»، وفي كتاب، **محمد** يحلف بالله الذي أحيى وأمات)[2]. وقال **ابن الماجشون**: «يحلف بالله الذي لا إله إلَّا هو عالم الغيب والشهادة الرحمٰن الرحيم» ويحلف اليهود والنصارى في كنائسهم حيث يعظمون ويحلف اليهودي ويقول: بالله الذي أنزل التوراة على موسى، ويقول النصراني: بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى، ويحلف المجوسي في بيت ناره وغيرها، ومن الكفار من لا يحلف بما يحلف به المسلم لأنه ينكر التوحيد. ثم ذكر أن الافتداء من اليمين والصلح عنها جائز لما روى أن عثمان بن عفان خاصمه يهودي عند عمر بن الخطاب في أربعة آلاف درهم، فتوجهت اليمين على عثمان فأبى أن يحلف وغرم المال، فلما فعل ذلك قال: **والله ما له عليّ شيء، فقال له عمر: ما حملك أحد على أن تحلف، قال: خفت أن تصادف يمين قدر، فيقول الناس: ظلم عثمان اليهودي.**

قوله: «ومن أراد كتب وثيقة على غيره أملاها المكتوب عليه، لا أن يستنيب صاحب الحق».

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾ الآية [البقرة: 282] والنيابة في ذلك جائزة والله الموفق بفضله.

---

(1) المعونة 3/ 1588.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

كتاب الأحباس والوقوف والصدقات والهبات وما يتصل بذلك [68/و]

الحبس[1] جائز صحيح لازم لا يفتقر لزومه إلى حكم حاكم، على هذا أكثر علماء الأمصار[2]. وقال **أبو حنيفة**: لا يلزم إلا أن يحكم به حاكم[3]، أو يكون مسجداً أو سقاية، والدليل لنا أحباس رسول الله ﷺ، وأحباس الصحابة بعده. قال **مالك** حين تناظر مع **أبي يوسف** في جواز الحبس: هذه أحباس رسول الله ﷺ وصدقات الخلفاء بعده معروفة عندنا إلى الآن[4]. روى **مالك** عن **نافع** عن عبد الله بن عمر بن الخطاب عن أبيه عمر بن الخطاب: **(أنه قال للنبي ﷺ: إني أصبت أرضاً بخيبر وهي من أنفس مال أصبته، وإني أريد أن أتصدّق بها فقال له النبي ﷺ: (حبس الأصل وسبل التمر)**. وفي رواية: أن عمر تصدق به وكتب هذا ما تصدق به عمر بن الخطاب صدقة لا تُباع ولا تُوهب ولا تُورث على الفقراء وذوي القربى، وفي سبيل الله وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف)[5]. ولما ثبت عند

---

(1) الحبس: قال الرصاع: الفقهاء بعضهم يعبر بالحبس، وبعضهم يعبر بالوقف، والوقف عندهم أقوى في لتحبيس وهما في اللغة لفظان مترادفان يطلق على الإعطاء، وفي الاصطلاح: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً. ينظر: حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع 2/ 549.

(2) **التفريع 2/ 307؛ لكافي ص536؛ الأم 4/ 58؛ الإنصاف 7/ 403.**

(3) **مختصر الطحاوي ص137 ـ 138؛ مختصر القدوري 2/ 180؛ الهداية 3/ 15.**

(4) **المعونة 3/ 1592؛ المقدمات 2/ 418؛ القوانين الفقهية ص243.**

(5) حديث: **(إني أصبت أرضاً بخير)**: صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف، حديث (2586) 2/ 982؛ صحيح مسلم، كتاب الوصية، باب في الوقف، حديث (1375) 3/ 659.

أبي يوسف ما احتج به **مالك** رَحِمَهُ اللهُ رجع عن قوله إلى قول **مالك**، واعتقد صحة ما رآى، واعتمد في ذلك على ما اعتمد عليه مالك، رَحِمَهُ اللهُ. ونبّه القاضي بقوله: «**من غير حاجة إلى حكم**» على مذهب **أبي حنيفة**، ويجوز في المحوز (وغير المحوز)[1] أعني المشاع والمقسوم عندنا[2] خلافاً **لأبي حنيفة وأبي يوسف** حيث منعاه في المشاع كما منعا رهن المشاع[3] فيجوز عندنا في الديار والحوانيت والحوائط والمساجد والمصانع والآبار، والقناطر والمقابر والطرق وغير ذلك، فأما المنقولات كالحيوان والعروض. فحكى القاضيان **أبو الحسن**[4] **وأبو محمد** في جواز تحبيسها روايتين المشهور صحة ذلك، وهو مذهب المدونة، والشاذ منعه[5]. قال القاضي **أبو محمد**: ومن أصحابنا من يقول: إن تحبيس الخيل جائز بلا خلاف[6]، لأنها تراد في سبيل الله، وإنما الخلاف في تحبيس غيرها، وفي كتاب **محمد** استثقل **مالك** تحبيس الحيوان، وقال في رجل حبس غلاماً على رجل وعقبه قال: أكرهه لأنه ضيق على الغلام، لأنه قد يرجى عتقه، ولعلّ هذه الكراهية في العبيد والإماء دون غيرهم، ولا يجوز توقيف الطعام، لأن منفعته في استهلاكه، وتوقيف الأشجار للانتفاع بثمرها، والبقر والغنم والإبل لألبانها ومنافعها.

قوله: «وعلى رواية الجواز يُباع ما يخشى عليه التلف ويستبدل به ولا يُباع الرباع بوجه»: قلت: اختلف المذهب في الحبس إذ تعطلت منافعه، وذهب الانتفاع به هل يُباع أم لا؟ على ثلاثة أقوال[7]: أحدها: جواز بيعه مطلقاً عقاراً كان أو غيره من سائر المتملكات. والثاني: أنه لا يُباع مطلقاً. والثالث: أنه يُباع كل شيء ما عدا العقار، لأنه وإن خرب فيمكن إحياؤه

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) عيون المجالس 4/ 1827؛ المعونة 3/ 1593؛ الكافي ص539.
(3) مختصر الطحاوي ص136 ـ 137؛ مختصر القدوري 2/ 181.
(4) معين الحكام 2/ 723.
(5) عيون المجالس 4/ 1822؛ الإشراف 2/ 80.
(6) المعونة 3/ 1593.
(7) القوانين الفقهية ص244.

بخلاف الحيوان الذي يخشى عليه الهلاك. وحكى القاضي **أبو محمد** وغيره[1]: «أن بيع لحبس إذا خربت جائز، يحكى عن **ربيعة** قال: وأظن بعض أصحابنا يذهب إليه ولست أتحققه في هذا الوقت»[2] والذي اختاره أئمة المذهب أن العقار لا يُباع إذا خرب وتعطلت منفعته، إذ ليس في بقائه إتلاف لإمكان عود العمارة إليه، وإذا منع **عبد الملك بن الماجشون** وغيره في الحيوان إذا هرم فهو في الرباع أولى[3]، لأن في بيعه إبطال شرط الحبس وقصد الموقف وحلا لما عقده لأنه أبد التحبيس، فكان بيعه على خلاف قصده وقد قال الله العظيم: ﴿فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعۡدَمَا سَمِعَهُۥ فَإِنَّمَآ إِثۡمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓۚ﴾ [البقرة: 181]. قال في الواضحة في البعير والفرس والتيس يحبسه للضراب، فينقطع ذلك منه للكبر لا أرى أن يُباع إلا أن يكون المحبس شرط ذلك في أصل الحبس، وكذلك في المجموعة عن **ابن الماجشون**، قال: وإن شرط أنه إن هرم أو فسد بيع واشترى بثمنه غيره، فذلك جائز قال **ابن القاسم**: إذا وقف الفرس للجهاد عليه، والعبد للصنعة تراد منه فالنفقة في بيت المال، فإن لم يكن بيع، واشترى بثمنه ما لا يحتاج إلى نفقة كالسلاح والدروع ونحوها، قال غيره: لا يجوز بيع ذلك، وإذا انكسر الجذع لم يجز بيعه، ويستعمل في الوقت، وكذلك سائر الأنقاض[4].

قال الشيخ **أبو الحسن، والشيخ أبو إسحاق**: ولا يُباع نقض الوقف، قال: من أصحابنا من يرى بيعه، (ولا)[5] أقول به[6] ولا (يُباع الوقف)[7] وإن خرب ما حواليه، قال **محمد بن عبدوس**: لا خلاف بين أهل العلم أن المساجد لا تُباع إذا خربت ودثرت، وبقاء أحباس الصحابة داثرة دليل على

---

(1) كعبد الملك، وطائفة من المالكيين. ينظر: المعونة 3/ 1594؛ الكافي ص541؛ مغني الحكام 2/ 724.
(2) المعونة 3/ 1594.
(3) التفريع 2/ 310؛ المعونة 3/ 1594؛ القوانين الفقهية ص244.
(4) التبصرة للخمي 3/ 123/ و.
(5) في نسخة «خق»: (ولست) عوض (ولا).
(6) التبصرة 3/ 123/ و.
(7) في نسخة: «ش»: (تناقل بالوقف).

منع بيعها وشرائها ولو أحاطت دور محبسة بمسجد، فاحتاج الإمام إلى توسيع المسجد الجامع لمصلحة المسلمين، فقد أجازوا بيع الدور المحبسة وإضافتها إلى الجامع ليوسع بها فيه، وطريق المسلمين كالمسجد الجامع إذا احتاج الناس إلى توسيع الطريق أيضاً لأن منفعة الجامع وطريق المسلمين أعم نفعاً من منفعة الدور المختصة (المحبسة)[1] حول الجامع والطريق.

قال **ابن الماجشون**: وذلك في مثل جوامع الأمصار دون مساجد القبائل قاله **مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ وابن الماجشون**. قال **مالك** فيما هرم من الدواب إذا بيع ولم يكن في ثمنه ما يشترى به، قال: يُعان به [68/ظ] في فرس السبيل، وإن لم يكن في الثمن ما ينتفع به فرق في سبيل الله، قال: ولا تُباع الدور والأرضون وإن خربت وصارت عرصة، وقد كان البيع أسهل. قال **مالك** في كتاب **ابن حبيب** في الدور المحبسة حول مسجد النبي ﷺ حين زيد فيه، لم يكن له بدّ من أن تهدم تلك الدور، واختلف إذا كان الحبس على معين هل يسقط حقه فيما هلك أو يعود حقه في تلك القيمة، ويشترى بها مثل الأول[2] وهو الصواب إن شاء الله.

قال القاضي ﷺ: **«وألفاظ الحبس والوقف ضربان ضرب (مجرد)[3][4] وضرب يقترن به ما يقتضي التأبيد»** وهذا كما ذكره، ومثل ألفاظ المجرد أن يقول: حبست ووقفت وتصدّقت، فإذا قال: وقفت هذه الدار فهو صريح في التأبيد، فإن زاد إلى ذلك وقف لا يُباع ولا يُوهب ولا يُورث، فذلك كتوكيد، والاقتصار على لفظ الوقف كاف، لأن مقتضاها عرف التأبيد فإن قال: في وجه كذا، أو حبس، ولم يقل: في وجه كذا، فإن ضم إلى ذلك ما يقتضي التأبيد)[5] مثل أن يقول: حبس وقف أو مخرج مؤبد ولا يُباع ولا يُشترى، أو

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) في جملة هذه الأحكام. ينظر: التبصرة 3/ 123/ و.

(3) أي صريح لا يحتمل غير الوقف، وفي نسخة: «غ»: (يتجرد) وفي نسخة: «ق»: (يتحدد) ولعل الصواب ما أثبته في نسختي: «خق»، «ش».

(4) في نسختي: «ق» و«غ»: زيادة (وهو قوله: وقفت، وحبست وتصدقت).

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

جعله على مجهولين أو موصوفين كالفقراء والعلماء أو بني تميم، أو فلان وعقبه فلا خلاف أن هذا كله محمول على التأبيد، لأن صرفه في المجهولين كزيادة لفظ يقتضي التأبيد. قوله: حبس مؤبد بلا خلاف، وإن لم يضم إلى لفظ الحبس (لفظ آخر يقتضي التأبيد، أو جعله في مجهولين، بل اقتصر على لفظ الحبس)[1] على فلان، أو في وجه كذا، أو على قوم بأعيانهم، ولم يذكر عقباً فهل يتأبد ذلك أم لا؟ فيه روايتان: إحداهما: أن محمله على التأبيد، ومراجعه مراجع الأحباس، والثانية: أنه لا يتأبّد ويصرف في الوجه الذي جعل فيه[2]، فإذا زال ذلك الوجه عاد ملكاً له إن كان حياً أو لورثته إن كان ميتاً.

فرع: إن قلنا: إنه يتأبد فمرجعه مراجع الأحباس فيصرف أولاً في الوجه الذي جعل فيه، فإن انقرض ذلك الوجه رجع حبساً على أقرب الناس بالمحبس إن كانوا فقراء، كان المحبس حياً أو ميتاً، فإن كانوا أغنياء رجع إلى أقرب الناس إليهم من الفقراء، وإنما قلنا ذلك لأنه الصدقة على الأقارب أفضل من الصدقة على الأباعد، وقد قال رسول الله ﷺ: **(لا يقبل الله صدقة وذو رحم محتاج)**[3] وقال لأبي طلحة[4]: **(اجعلها في الأقربين)**[5]، وقال: **(خير الصدقة ما كان على ظهر غنى وابدأ بمن تعول)**[6] هذا مرجع الحبس

---

(1) ساقطة في نسخة: (خق).

(2) التفريع 2/ 308؛ المعونة 3/ 1596؛ الكافي ص5377 ـ 538؛ المقدمات 2/ 420.

(3) حديث: **(لا يقبل الله صدقة وذو رحم محتاج)**: ألم أهتد إليه في كتب الحديث، وقد ذكره النفراوي في الفواكه الدواني 2/ 162.

(4) أبو طلحة زيد بن سهل بن الأسود الأنصاري، شهد العقبة وبدراً والمشاهد كلها، وهو أحد النقباء، وروى عن النبي ﷺ مات سنة (34هـ ـ 655م). ينظر: تهذيب التهذيب 3/ 414.

(5) **(اجعلها في الأقربين)**: صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب إذا وقف أو أوصى وقاربه 3/ 1011، بلفظ: اجعلها لفقراء أقاربك فجعلها لحسان وأبي بن كعب.

(6) حديث: **(خير الصدقة ما كان على ظهر غنى، وابدأ بمن تعول)**: صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب، لا صدقة إلا عن ظهر غنى، حديث (1360) 2/ 518؛ صحيح مسلم، كتاب الزكة، باب بيان أن اليد العليا خير من اليد السفلى، حديث (1034) 2/ 717؛ سنن أبي داود، كتاب الزكاة، باب الرجل يخرج من ماله، حديث (1676) =

المؤبد بعد انقراض الوجه الذي جعل فيه. قال **مالك** في كتاب **محمد**: ويرجع الحبس إلى أقرب الناس بالمحبس[1] رجالاً كانوا أو نساء، إذا كانوا فقراء، فإن كانوا أغنياء قال أقرب الناس بهؤلاء الأغنياء[2]. قال **الشيخ أبو الحسن**: واختلف في دخول (الأغنياء)[3] والنساء. ففي كتاب **محمد** الذكر والأنثى فيه سواء، قال: وإن اشترط في التحبيس للذكر مثل حظ الأنثيين، لأن المرجع ليس فيه شرط ولا هو الذي تصدق بها على من رجعت إليه وإنما هو رجوع اقتضته الأحكام. قال **ابن القاسم** في العتبية من رواية **عيسى**: القرابة الذين يرجع إليهم الحبس هم عصبة المحبس. وقال في كتاب **محمد**: يرجع إلى أقرب الناس من ولد عصبة، واختلف على القول برجوعه إلى العصبة هل للنساء مدخل فيه أم لا؟ ففي كتاب **محمد** دخولهن في ذلك، وفي العتبية: ليس للنساء فيه عصبة، وإنما يرجع إلى الرجال. قال **ابن القاسم**: إن كان للمحبس ابنة لم يكن لها شيء، وإنما هو للعصبة، وقال في كتاب **محمد**: ذلك لكل من لو كانت رجلاً كانت عصبة. قال **ابن القاسم**: يدخل الجدات والعمات، وبنات الأخ، والأخوات للأب والأم[4] دون الإخوة للأم، وتدخل أُمه. وقال **مالك** مرة: لا تدخل أمه[5]، ولو كان أهل المرجع بنات وعصبة فهو بينهم إن كان فيه سعة وله خطر، وإلا فالبنات أولاً من العصبة. قال **محمد**: تدخل مع البنات الأم، والجد للأب، والجد للأم، ولا تدخل الزوجة، فإن انقرض جميع أصحاب المرجع كان حبساً على الفقراء والمساكين، والمقصود أنه لا يورث عن المحبس مجال إن كان مؤبداً، لأنه لو عاد إليه، أو ميراثاً عنه لم يكن غرضه من الصدقة حاصلاً، وإماماً لا يتأبّد

= 2/ 129؛ سنن النسائي، كتاب الزكاة، باب الصدقة عن ظهر غنى، حديث (2534) 5/ 62.

(1) المقدمات 2/ 420.

(2) التبصرة 3/ 125/ ظ؛ الجواهر الثمينة 3/ 38.

(3) في نسخة: «خق»: (الأعيان).

(4) في نسخة: «ش» زيادة (أو للأوم).

(5) المصدر نفسه 3/ 38.

فحكمه أن يرجع بعد انقراض الوجه الذي فيه ملكاً لمالكه المحبس له لم ينتقل إلى ورثته كسائر أملاكه. قال **ابن القاسم**: وكل ما يرجع ميراثاً فيراعى فيه من يرث المحبس يوم مات، وأما ما يرجع حبساً (فلا ولا هم)[1] به يوم يرجع، فاعتبر في غير المؤبد (القرب)[2] يوم الموت، وفي المؤبد (القرب)[3] يوم المرجع، وأما إذا رجع المؤبد إلى من ذكرنا رجع حبساً لا ملكاً، وصرف الحبس إلى المجهولين كالتلفظ بالتأبيد والتحريم[4]، فإن اقتصر على لفظ الصدقة فقال: صدقة على فلان احتمل أن يريد الحبس أو تمليك الرقبة في غير تحبيس كان ذلك على ما أراده، وإن أراد مضى الحبس جرى في التأبيد فيه ما جرى في لفظ الحبس فإن أطلق (لفظ الصدقة)[5] ولم يضم إليه ما يقتضي التحبيس من ألفاظ التأبيد، أو من صفات المتصدق عليهم [69/و] فهو على معنى الصدقة لا ينصرف إلى المحبس، فإن ذكر العقب كان ذلك (دليلاً)[6] على التأبيد، فإن قال: صدقة على بني فلان وهو مجهولون لا يحاط بعددهم تأبّد ذلك، وكان ذكر صفات المتصدق عليهم قرينة تدل على إرادة التأبيد، إذ لا يعلم انقراض المجهولين فهو كلفظ العقب، ولو قال: صدقة على فلان وعقبه كان تأبيداً، وحكى ابن عبدوس عن بعض أصحابنا: أنه إذا قال صدقة وعليه)[7] ما عاشوا، ولو يقل حبساً أنها تكون ملكاً لآخر العقب من رجل أو امرأة يتصرف فيها كيف يشاء، والصحيح أنه حبس ومرجعه مرجع الأحباس، ولو قال: حبس صدقة أو صدقة حبس، فإن ضم إلى ذلك: «لا يُباع ولا يُوهب» فهو مؤبّد بلا خلاف، وإن لم يضم إلى ذلك «لا يُباع ولا يُوهب»، ولا ذكر مجهولين ولا عقباً. ففي (التأبيد)[8] ثلاث روايات التأبيد

---

(1) كذا في النسختين.
(2) في نسخة: «خق»: (القريب).
(3) في نسخة: «خق»: (القريب).
(4) الجواهر الثمينة 3/ 38.
(5) في نسخة: «خق»: (لفظاً).
(6) ساقطة في نسخة: «خق».
(7) ساقطة في نسخة: «شق».
(8) في نسخة: «خق»: (ذلك) عوض (التأبيد).

ونفيه والفرق بين أن يقدم لفظ الحبس فيكون محمولاً على التأبيد، أو لفظ الصدقة فلا يتأبّد، وقد ذكرنا أنه إذا ذكر مجهولين أو عقباً كان ذلك قرينة تقتضي التأبيد. قال **ابن وهب** في العتبية: فيمن حبس داراً على رجل، وقال: لا تُباع ولا تُوهب، ثم بدا له فقال: هي عليك صدقة[1]، قال: هي له، يصنع بها ما شاء، ولم يره تأبيداً، ولو قال: حبس على هؤلاء الفقراء، أو على هؤلاء العشرة، وضرب أجلاً أو قال: حياتهم رجع ملكاً إذا لم يذكر العقب، وإنما يذكر معينين، ولو أطلق ولم يسم أجلاً، ولا حياة، فقال **مالك** مرة: يرجع ملكاً، وقال مرة: يرجع مراجع الأحباس[2]. حكى الشيخ **أبو القاسم بن الجلاب** أنّه إذا قال: حبس على فلان وعقبه، فانقرض العقب أنه يعود ملكاً[3]، ومذهب المدونة: أنه يرجع مراجع الأحباس، ولا يرجع ملكاً، قال **محمد**: إذا عقب الصدقة فهي حبس إلا أن يقول صدقة بتلا له ولعقبه فيكون لآخر العقب، ولو قال: صدقة على فلان وعقبه ما عاشوا، فهل يرجع بعد العقب مرجع الأحباس أو ملكاً. حكى الشيخ **أبو الحسن** فيه قولين[4]. قال **مالك**: ومن حبس على ولده، ولا ولد له فله أن يبيع[5]، وقال **ابن القاسم**: ليس له أن يبيع حتى يؤيس له من الولد[6]، ومن حبس على ولده، ثم هو سبيل الله فلم يولد له (فله أن يبيع إلا أن يؤيس له في الولد، ومن حبس على ولده، ولا ولد له، فله أن يبيع، وقال **ابن القاسم**: ليس له أن يبيع)[7]. وقال **عبد الملك**: بل هو حبس، قال الشيخ **أبو الحسن**: القصد بالحبس ولده[8] والمرجع في معنى الاحتياط إن انقرض الولد، فإذا لم يكن له ولد لم يلزمه حبس، ولو يتعرض القاضي لذكر المحبس عليهم وهو ثلاثة أقسام: معين،

---

(1) المقدمات 2/ 420.
(2) معين الحكام 2/ 732.
(3) التفريع لابن الجلاب 2/ 307.
(4) التاج والإكليل 6/ 41.
(5) التبصرة 3/ 124/ ظ.
(6) التاج والإكليل 6/ 41.
(7) **ساقطة في نسخة: «خق».**
(8) التبصرة 3/ 125/ و.

ومجهول يترقب انقراضه، ومجهول لا يترقب انقراضه، فالأول أن يقول: على فلان بعينه فهو له، فإن مات عاد ملكاً للحبس، وهو من باب الأعمار، وكذلك إذا قال: على ولد فلان، فهو له ما دام حياً لأنه بمنزلة فلان، فإذا أراد بالولد الجنس لا واحد بعينه ففيه مسائل.

المسألة الأولى: لا خلاف أن ولد الصلب داخل تحت اللفظ إذا قال: حبس على ولدي أو أولادي، فإن كان حبساً كان على العقب، وعلى مجهول من يأتي من الولد الذكور والإناث من ولد الصلب لدخول الكل تحت لفظ الولد إجماعاً، ولد الذكور من أولاد الصلب كآبائهم دون ولد الإناث، وهل يؤثر البطن الأعلى أو يسوي بين الجميع فيه قولان في المذهب.

المسألة الثانية: إذا قال: وقفت على ولدي وولد ولدي لم يدخل ولد البنات في ذلك لأنهم من قوم آخرين[1].

قال الشاعر[2]:

بَنُونَا بَنُو بَنَاتِنَا وبَنَاتُنا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الأَبَاعِدِ[3]

قال **ابن العطار**[4]: وكانت الفتوى عندنا بقرطبة أن ولد البنات يدخلون في ذلك، وقضى به **محمد بن إسحاق بن السليم**[5] بفتيا أكثر أهل زمانه[6]،

---

(1) المقدمات 2/ 433.

(2) هو الفرزدق. ينظر: خزانة الأدب ولب لباب لسان العرب لعبد القادر بن عمر البغدادي 1/ 444. تحقيق وشرح عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، بالقاهرة ط. الثانية سنة 1989.

(3) الإنصاف في مسائل الخلاف بين النحويين البصريين والكوفيين للأنباري عبد الرحمن بن محمد 1/ 66. دار الفكر (د ت) (د ط).

(4) أحمد بن العطار أو عمر، من أهل قرطبة، كان حافظاً للمسائل بصيراً بالوثائق توفي سنة (345هـ ـ 957م). ينظر: تاريخ ابن الفرضي رقم الترجمة (160).

(5) محمد بن السليم، أبو بكر محمد بن محمد بن إسحاق بن السليم قاضي الجماعة بقرطبة، الحافظ بمذهب مالك، سمع بقرطبة من أحمد بن خالد، وابن أيمن وغيرهما، وعنه الأصيلي وغيره من مؤلفاته، التوصل لما ليس في الموطأ، توفي سنة (367هـ ـ 977م). ينظر: تاريخ قضاة الأندلس ص75؛ الديباج المذهب 2/ 214.

(6) المقدمات 2/ 433؛ الجواهر الثمينة 3/ 44؛ معين الحكام 2/ 729.

ولو قال: وقفت على أولادي ذكورهم وإناثهم (ولم يسمهم، ثم قال وعلى أعقابهم دخل ولد البنات في ذلك، لأنهم من الأعقاب، وكذلك إذا سمى أولادهم ذكورهم وإناثهم)[1] ثم قال: وعلى أولادهم، فلولد البنات يدخلون فيه باتفاق المتقدمين والمتأخرين. قال الشيخ **أبو الوليد**: إلا ما روى عن **ابن زرب** وهو خطأ صراح لا وجه له[2]، ولو قال: على بني فلان، فهل يحمل على بنيه لصلبه خاصة أو عليه وعلى بنيهم، وأعقابهم فيه قولان، وكذلك هل يدخل تحته لفظه الإناث أم لا؟ حكى الشيخ **أبي الحسن** فيه قولين، واحتج من رأى دخل الإناث بقوله تعالى: ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الأعراف: 31] ولو قال: على ولد صلبي لم يدخل [69/ظ] فيه ولد الولد ذكورهم وإناثهم.

قال الشيخ **أبو الحسن**: أما لفظة البنين فإنه يتناول عند **مالك** الولد وولد الولد ذكورهم وإناثهم. قال **مالك**: ومن تصدّق على بنيه وبني بنيه، فإن بناته وبنات بناته يدخلون في ذلك، وروى عيسى عن **ابن القاسم** فيمن حبس على بناته، فإن بنات بناته يدخلن مع بنات صلبه[3]. قال القاضي **أبو الوليد**[4]: والذي عليه جماعة أصحابه أن ولد ابنته لا يدخلون في البنين (من ولد الصلب الولد من ذكر وأنثى)[5] ولد ذكور الولد عقب آبائهم، وليس ولد البنات عقباً ذكراً كان أو أنثى، والبنات دنيا وبنات البنين في العقب، وإن قال: حبس على (بني أبي كان لإخوته لأبيه، ويختلف في دخول بنيهم، ولا شيء لإخوته لأمه، ولو قال: حبس على)[6] إخوتي دخل الإخوة للأم مع الإخوة الأشقاء، والإخوة للأب، وإن قال: حبس على آبائي دخل الآباء والأمهات والأجداد والجدات من حيث كانوا، واختلف في دخول العمومة، فقيل: يدخلون لقول الله ﷻ: ﴿نَعۡبُدُ إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبۡرَٰهِـۧمَ وَإِسۡمَٰعِيلَ

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) المقدمات 2/ 434 ـ 435.
(3) التبصرة 3/ 125/ و.
(4) المقدمات 2/ 435.
(5) في نسخة: «خق»: (والعقب الولد من ذكور وإناث).
(6) ساقطة في نسخة: «خق».

﴿وَإِسْحَٰقَ﴾ [البقرة: 133] ولو قال: حبس على أهلي، قال **مطرف** في كتاب **ابن حبيب**: يدخل في ذلك جميع قرابته ورحمه من قبل أمه وأبيه، والأخوال والخالات وبنوهم الذكور والإناث وبنو البنات، وبنات البنات. وقال **ابن القاسم**: الأهل والآل العصبة والأخوات والعمات والخالات والأخوال[1]، ولو قال: على الذرية دخل ولد البنات. قال الإمام أبو عبد الله: لا خلاف في ذلك لقول الله ﷻ: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ﴾ [الأنعام: 84 ـ 85] إلى قوله: ﴿وَعِيسَىٰ﴾ فجعل عيسى من ذرية إبراهيم، وإنما هو ولد بنته، ولو قال: حبس على القرابة دخل الأقرب فالأقرب بالاجتهاد. وفي العتبية: يدخل في ذلك ولد البنات، وولد الخالات[2]، وقيل: يدخل كل ذي رحم محرم (أو غير محرم)[3] من قبل الأب والأم أو أحدهما، وهل يفضل الأقرب أم لا؟ قولان. والمشهور أنه لا يفضل وأسعدهم أحوجهم، وقيل: يفضل الأقرب، وفي كتاب **محمد**: من حبس على ولده الذكور والإناث، وقال في أصل تحبيسه، ومن مات منهم فولده بمنزلته قال: لا أرى لولد البنات شيئاً[4]، والصحيح أن نصّه يقتضي دخول ولد البنات، ولو قال: داري حبس على قوم فلان لم يدخل فيه النساء لقوله سبحانه: ﴿لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِّن قَوْمٍ . . . وَلَا نِسَآءٌ مِّن نِّسَآءٍ﴾ [الحجرات: 11] ولو قال: حبس على الأرامل كان الرجل الأرمل كالمرأة لقول الحطيئة[5]:

هذا الأرامل قد قضيت حاجتها   فمن بحاجة هذا الأرمل الذكر[6]

ولو قال: حبس على أطفال هل يتناول من لم يبلغ الحلم والمحيض، ولو قال: على شبابهم أو أحدثهم كان ذلك لمن بلغ منهم إلى أن يكمل أربعين سنة، ولو قال: على كهولهم كان لمن جاوز الأربعين، ولو قال: على

(1) الجواهر الثمينة 3/ 45.
(2) البيان والتحصيل 12/ 302.
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) المقدمات 2/ 434؛ معين الحكام 2/ 729.
(5) كذا في النسختين ونسبه محقق الصحاح: «لجرير».
(6) الصحاح للجوهري 4/ 1713.

شيوخهم كان لمن جاوز الستين من الذكور والإناث، ولو قال: على موالي دخل فيه الذكور والإناث، ويدخل في ذلك موالي أبيه، وموالي ابنه، وموالي الموالي، وأبناء الموالي ويوثر الأقرب إن كان فقيراً، وإن كان غنياً أوثر المحتاج الأبعد على الغني الأقرب، وأما المجهول الذي لا يترقب انقراضه فمثل أن يقول: حبس على الفقراء على العلماء ونحوه من القيد بالوصف، وإن لم يتعين بالاسم.

فرع: كره **مالك** إخراج البنات من الحبس إذا تزوجن. قال في العتبية، وفي كتاب **محمد**: وذلك من عمل الجاهلية، فإن وقع ذلك، قال **ابن القاسم**: فالشأن أن يبطل. قال الشيخ **أبو إسحاق**: ولو أخرجهن بطل وقفه[1]، وروى **أبو بكر بن حزم** أن عمر بن عبد العزيز مات وهو يريد أن يرد صدقات الناس التي أخرجوا منها النساء، وكذلك إذا شرط أن من تزوجت منهن بطل وقفها. قال **ابن القاسم**: فإن فات فأرى أن يمضي على نحو ما شرط. قال **ابن القاسم**: أكره ذلك، فإن كان المحبس حياً فليفسخه، وإن مات لم يفسخ، وفي مختصر **أبي بكر الوقار**: وجائز أن يحبس على الذكور دون الإناث، وعلى الإناث دون الذكور، وأن يساوي بين البنات والذكور وأن يقطع البنات بالتزويج[2]، وما شرط فيه من شرط مضى على شرطه، وهذا خلاف ما تقدم، وهو جار على الاختلاف في جواز تفضيل بعض البنين على بعض.

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **«والوقف في الصحة من رأس المال، وفي المرض والوصية من الثلث»** وهذا كما ذكره، لأن المريض محجور عليه في حين مرضه ففعله موقوف على الثلث بعد موته بخلاف الصحيح إذ لا حق على الصحيح ولا حجر في ماله (للوارث)[3].

قوله: «ومن شرطه خروجه عن يد الواقف وترك الانتفاع به»، فإن أقام في يده حياته أو إلى مرضه الذي مات فيه، فإنه يبطل اعتماداً على حديث أبي بكر الصديق **(أنه نحل ابنته عائشة جداد عشرين وسقاً فلم تقبضه حتى مرض**

---

(1) التبصرة للخمي 3/ 126/ و؛ الجواهر الثمينة 3/ 36.

(2) التبصرة 3/ 126/ و؛ الجواهر الثمينة 3/ 36.

(3) في نسخة: «خق»: (لولده).

مرضه الذي مات (منه)[1] فقال لها: لو كنت حزتيه لكان لك وإنما هو اليوم مال وارث)[2] وكذلك إذا بقى الحبس بيد المحبس حتى فلس فهو باطل ويعود ميراثاً إلا أن يبقى ببده بعد الحبس، وهو يصرف منفعته في مصارفها، ولا ينتفع بشيء منها ففي صحة الحبس (أو بطلانه) روايتان: البطلان والصحة، وفيه رواية ثالثة[3] بالتفرقة فإن أخرج الأصل كان الحبس صحيحاً مثل أن يكون فرساً [70/و] أو سلاحاً، وإن اقتضى الغلة، ثم صرفها كان باطلاً، وهو مذهب المدونة[4]، ولو حبس دياراً فسكن بعضها أو داراً فسكن بيتاً منها بطل الجميع. وقال **ابن القاسم**: يجوز ما لم يسكنه، ويبطل ما سكنه، وقال غيره: إن سكن يسيراً منها جاز الحبس كله، وإن سكن كثيراً بطل كله[5]، وسيجيء الحبس على ولده الصغير. قال **مالك**: إذا حبس الكتب ليقرأ فيها أو الخيل ليغزى عليها، ولم يطلب الكتب منه للقراءة ولم يأت وقت إنفاد (الخيل للجهاد، فبقي ذلك تحت يد المحبس، فالحبس باطل، وعن **مالك** أنه صحيح)[6] وهذا من الحبس الذي يصح بقاؤه تحت يد محبسه، إذ ليس على معين من الحبس من لا يحتاج إلى حائز مخصوص كالآبار والمساجد، فإذا خلا بينها وبين الناس صح حبسه، ولو حبس دابة للغزو، وكان يركبها إذا عادت إليه ليروّضها فمات وهو تحت يده لم يفسد حبسه، ولو كان يركبها كما يركبها المالك لا للرياضة بطل حبسه.

قال **أبو الحسن بن القصار**: وقراءة الكتب المحبسة إذا عادت إليه خفيفة وإن أنفذ بعض الحبس صح ما أنفذ، وإن قلّ ولو حبس الثمار والحوانيت

---

(1) في نسخة: «خق»: (فيه).

(2) حديث: (**أبي بكر أنه نحل ابنته جداد عشرين وسقا**): مصنف عبد الرزاق 9/ 101؛ سنن البيهقي الكبرى 6/ 178.
في نسخة: «ش»: (وإبطاله).

(3) التبصرة 3/ 126/ ظ.

(4) التاج والإكليل 6/ 23.

(5) التفريع 2/ 311؛ المعونة 3/ 1605.

(6) ساقطة في نسخة: «خق».

وعبيد الخراج، وأخرج ذلك عن يده، وأقام حائزاً بحوزه، وإنفاذ غلاته صح حبسه، وإن بقي في يده ولم يدر هل أنفذ غلاته أم لا؟ بطل. واختلف إذا علم أنه كان ينفد غلته من الوجه الذي حبسه له. ففي المبسوط عن **محمد بن مسلمة**: الصدقة ماضية، وإن بقيت في يده إذا علم أنه كان يخرج الغلة حيث جعلها، وهذا هو الصحيح الذي اختاره الأشياخ لأنه حبس أنفد فيما حبس له وهو قول المغيرة وروايته عن **مالك**، وروى عن **مالك وابن القاسم** أنه حبس باطل، وقال في كتاب **محمد**: إذا سلم ذلك إلى من يحوزه عنه، والمحبس يقسم غلاته بين أهله جاز، ففرّق في هذا القول بين أن يبقى تحت يده أو يسلمه إلى غيره. قال **مالك**: لا يفتقر الوقف إلى قبول المحبس عليه (إلا أن يكون المحبس عليه)[1] معيناً، فإن كان معيناً فهل القبول شرط في أصل الوقفية أو في اختصاصه به خاصة قولان عندنا مستخرجان من الأصول.

قال **مالك** في كتاب **محمد**: لو قال: اعطوا فرسي رجلاً سمّاه، فلم يقبله، قال **مالك**: إذا كان على وجه الحبس أعطى لغيره حبساً، وفي كتاب **ابن حبيب** عن مطرف فيمن أعطى دابة فلم يقبلها المحبس عليه لأجل نفقتها قال: ترجع ميراثاً، فمسألة الفرس تدل على أن القبول شرط في الاختصاص لا شرط في أصل الوقفية لأنه جعل الفرس حبساً على غيره، ومسألة الواضح عن **مطرف** تدل على أنه شرط في أصل الوقفية ألا تراه جعلها ميراثاً. قال **مالك**: ولو تصدق بصدقة فلم يقبلها المصدق عليه حتى مات المتصدق لم يجز لهم قبضها، وكانت ميراثاً (قال)[2] الشيخ **أبو الحسن اللخمي**: اختلف في موضعين إذا كان المرض بفوز الصدقة هل تخرج من رأس المال إذا فرط في القبض هل تسقط الصدقة أم يخرج جميعها من الثلث أم يكون له ثلثها[3]، فقال **مالك** مرة: إن لم يفرط في القبض كانت (له)[4] من رأس المال. وقال مرة: تسقط وإن فرط لم تخرج من رأس المال. قال **ابن القاسم**: ولا من

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) التبصرة 3/ 127/و.

(4) في نسخة: «خق»: (جميعها من الثلث لا).

الثلث. وقال **أشهب**: يقضَى له من الثلث فإن صح قضى له ببقيتها، ولو لم يقم عليه حتى مات بفور الصدقة. فعن **مالك** روايات أحدها: أنه يسقط جميعها، وقال في غير ما موضع تصح من رأس المال وإن فرط لم تصح من رأس المال، ولا من ثلثه، وقيل: تخرج من الثلث. قال **مالك**: ويصح الحبس على الجنين وعلى من (سيولد)[1]، ويجوز الحبس على ولده الصغير والكبير السفيه وقبضه لهم جائز، وحيازته ماضية إذا شهدت البينة على معاينة الحوز، ولا يكتفي الشهادة على الإقرار بالحوز.

قوله: «ومن وقف أو حبس ولم يجعل له مخرجاً صح وصرف في وجوه الخير» وهذا كما ذكره. قال **مالك**: من حبس رباعاً ولم يبين مصرفها قال: يسكنها الولد والقرابة والرحم لقوله ﷺ في حديث **أبي طلحة**: **(أرى أن يجعلها في الأقربين)**[2]. قال **مالك**: فيمن قال: حبس في سبيل الله سبل الله كثيرة، وأرى أن يجعل في الغزو[3]، وقال **أشهب** في المجموعة القياس أن يجعل في أي سبيل من سبل الخير وضع فيه جار، والاستحسان أن يجعل في الغزو[4].

وقال في كتاب النذور: ومن جعل شيئاً من ماله في سبيل الله فأرى أن يُباع ويجعل ثمنه لمن يغزوا به[5]، وقسمه الشيخ **أبو الحسن** ثلاثة أقسام[6] فإما أن يقول: حبس في سبيل الله أو في سبل الله، أو حبس لا يزيد على ذلك، وذلك كله واسع أن يجعل في الغزو وغيره من وجوه البر، وإن كان مثله يباع بيع، وجعل ثمنه في الغزو، وهذا حاصل معنى نصوص الروايات، وإن اختلفت ألفاظها.

---

(1) في نسخة: «خق»: (سمى له).
(2) تقدم تخريجه.
(3) المدونة 15/ 98.
(4) التبصرة 3/ 122.
(5) المدونة 2/ 476.
(6) التبصرة 3/ 122/و، ونصها: والمسألة على ثلاثة أوجه فإما أن يقول حبس في سبيل الله تعالى، فيكون قد قيد من الطرفين، أو يقول حبس ولا يسم ما يصرف فيه أو يقول في سبيل الله، ولا يقول حبس، وإن قال حبس في سبيل الله جعل في الغزو كما قال مالك لأن العادة جارية أن المراد بهذا اللفظ الجهاد.

قوله: «والعمرى[1] جائزة»: وهي تمليك المنفعة دون الرقبة عندنا[2]. وقال **الشافعي**: هي تمليك الرقبة[3]، وثمرة الخلاف إذا مات المعمر فعندنا أنها تعود إلى مالكها المعمر أو إلى ورثته. وعند **الشافعي** أن المعمر قد ملك بالاعتمار رقبتها فتعود إلى ورثته بعد موته، ولا تعود إلى المعمر ولا إلى ورثته بحال[4]. والحجة له قول النبي ﷺ: **(أيما رجل أعمر عمرة فهي له ولعقبه[5] ولا ترجع إلى الذي أعطاها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموا**[70/ ظ]**ريث**، واعتمد **مالك** رحمه الله على أن مقتضى الإعمار تمليك لمنفعة مدة العمر فهو كالإسكان، وذلك لا يقتضي تمليك الرقبة، لأن تمليك الرقبة يقتضي التأبيد، والعمرة تقتضي اشتراط العمر، لأنه لو قال: ملكتك الرقبة حياتك لم تملك الرقبة بذلك، وكذلك الإسكان تمليك الانتفاع بالمسكن تمليكاً مخصوصاً فهو الذي يسميه فقهاء الأندلس **إمتاعاً**. ويفرقون بينه وبين العمرى، فإن العمرى الانتفاع في جميع العمر والانتفاع هو تمليك المنفعة مدة محصورة وتفتقر العمرى إلى الحوز كالهبة، وتجوز للمعمر شراء عمراه قياساً على العرية، ولا يجوز لغيره ذلك، وللمعمر كراؤها سنتين لا زيادة، وقيل: أربعة أعوام كالأحباس، ويجوز لورثه المعمر شراؤها من المعمر، كما كان ذلك لأبيهم، فإن كانت العمرى معقبة فهي كالحبس لا يجوز فيها ابتياع، وإذا أجزنا للمعمر ابتياع عمراه جاز ابتياع ذلك بالعين والعرض والطعام نقداً أو أجل، ومنعه بعض فقهاء الأندلس بالنسيئة وكأنه رآه من باب الدين بالدين، ولعلّه مخرج

---

(1) العمرى بضم العين وسكون الميم وألف مقصورة لغة هي أن يقول شخص لآخر أعمرتك هذا البيت أو هذه الأرض مدة عمرك أو طول حياتك، وفي اصطلاح الفقهاء هي: تمليك منفعة حياة المعطي بغير عوض إنشاء. ينظر: مختار الصحاح ص190؛ الفائق 8/ 25؛ حدود ابن عرفة 2/ 550.

(2) المعونة 3/ 1605؛ بداية المجتهد 2/ 537.

(3) الإشراف للنيسابوري 1/ 399.

(4) بداية المجتهد 2/ 537.

(5) حديث: **(أيما رجل أعمر عمرى فهي له ولعقبه)**: سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في العمرى، حديث (1350) 3/ 612؛ سنن لبيهقي الكبري، حديث (12742) 6/ 172؛ سنن النسائي الكبرى، حديث (6575) 4/ 132.

على مسألة الخلاف بين **ابن القاسم وأشهب** فيما إذا أخذ خراج دار أو خراج عبد في دين له هل يجوز أم لا؟. ويجوز أن يشتري جزءاً من عمراه، ولو أعمرت امرأة زوجها في دارها مدة الزوجية فطلقها ثم راجعها عادت العمرى ما بقيت من طلاق ذلك الشيء، كما التزم الزوج النفقة على ربيبته طوعاً مدة الزوجية، ثم طلق أمها، ثم راجعها، فإن الإنفاق لازم ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء، نصّ عليه القاضي **أبو الوليد بن رشد**.

قوله: «ونفقة المخدم على المالك، وقيل: على من أخدمه» هذا الخلاف مشهور، والصحيح أنها على المالك، لأن الرقبة (له أعني مالك الرقبة)[1] والنفقة تابعة (للملك)[2] ويتعلق بهذا ذكر النفقة على المحبس إذا كان مما يحتاج إلى النفقة وإصلاحه، إن افتقر إلى إصلاح، والأحباس في ذلك مختلفة فديار الغلة والحوانيت والفناديق، وما كان من ذلك يصلح من غلته، فإن كانت الديار للسكنى خير المحبس عليه بين أن يصلح أو يخرج فتكرى بما تصلح به، ثم يعود، والنفقة على البساتين من غلتها تقسم غلاتها على المحبس عليهم بعد إصلاحها من أثمان غلاتها (مما يحتاج إليه إن كان)[3] وكذلك الغنم والبقر تقسم عليهم ألبانها وأصوافها بعد تعاهدها من غلاتها بما تحتاج إليه إن كان ذلك كله على غير معينين، فإن كان على معينين سلم إليهم، ونظروا في تعاهده كيف يختارون، وينفق على خيل السبيل من بيت المال، وإن لم يكن بيعت، واشترى أثمانها من الكراع والسلام من لا يحتاج إلى نفقة، وينفق على عبيد الغلة من غلتهم، فإن كانوا للصدقة في السبيل فهم كالخيل ينفق عليهم من بيت المال. واختلف فيمن حبس داراً، وشرط على المحبس عليه أن يرمها متى احتاجت إلى الإصلاح، فقال **ابن القاسم**: ذلك كراء وليس بحبس، ولو نزل ذلك مضى الحبس وبطل الشرط، وقال **محمد**: يرد الحبس ما لم يقبض. وفي مختصر **ابن عبد الحكم**: من أعطى رجلاً فرساً ينفق عليه سنة، فإذا انقضت هو له، على غير ذلك من الشروط أفضل، فإن

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) في نسخة: «خق»: (لملك الرقبة ولا).

(3) ساقطة في نسخة: «خق».

وقع جاز[1].

قوله: «ويلزم عقد الصدقة والهبة بالقول ويجبر الواهب على الإقباض»[2] وهذا تنبيه على مذهب **أبي حنيفة والشافعي** حيث قالا: لا تنعقد إلا بالقبض، وما لم تقبض كان عقداً جائزاً لا لازماً[3]. واتفق **مالك** وجميع أصحابه على أنها عقد لازم يلزم بالقول، وتصح باللفظ من غير قبض[4]، فإذا قال: تصدقت عليك بهذا العبد أو وهبتك هذا الثوب، فقال الموهوب: قد قبلت ذلك فليس للواهب رجوع ويحكم عليه بالإقباض ويجبر المتصدق عليه إذا امتنع منه لقول الله ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ ولقوله ﷺ: **(الراجع في هبته كالكلب يعود في قيئه)**[5] ولم يفرّق بين الرجوع قبل الإقباض أو بعده وأدرج القاضي الصدقة والهبة تحت حكم واحد في اللزوم، والأمر كما ذكرناه، وإنما يفترقان لأن الصدقة يراد بها وجه الله، والهبة قد يراد بها الثواب (وقد يُراد بها وجه الموهوب له)[6] وكان ﷺ: **(يهب ويقبل الهبة، وهب لجابر بن عبد الله بعيراً اشتراه منه، ووهب لعبد الله بن عمر ولأبيه عمر حلة سيراء)**[7][8]. أو سواء كان الموهوب معلوماً أو مجهولاً، لأن هبة الغرر

---

(1) التبصرة 3/ 124/و.

(2) التفريع 2/ 311؛ المعونة 3/ 1607؛ المقدمات 2/ 408؛ القوانين الفقهية ص242.

(3) مختصر الطحاوي ص138؛ الإقناع ص120.

(4) المعونة 3/ 1607 ـ 1608.

(5) حديث: **(الراجع في هبته فالكلب يعود في قيئه)**: صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها 2/ 914؛ صحيح مسلم، كتاب الهبات، باب كراهية شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق عليه، حديث (1620) 3/ 1239؛ سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في الرجوع في الهبة، حديث (1298) 3/ 592.

(6) ساقطة في نسخة: «ش».

(7) سيراء: بكسر السين، وفتح الياء والمد نوع من البرود يخالطه حرير كالسيور. ينظر: النهاية 2/ 433.

(8) حديث: **(أنه ﷺ وهب لعبد الله بن عمر ولأبيه عمر حلة سيراء)**: صحيح البخاري، كتاب الجمعة، باب يلبس أحسن ما يجد، حديث (846) 1/ 302؛ صحيح مسلم، كتاب اللباس والزينة، باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة على الرجال والنساء، حديث (2068) 3/ 1640؛ سنن أبي داود، كتاب الصلاة، باب اللبس في الجمعة، =

والمجهول والصدقة بذلك جائز، ويستحب أن لا يفعل ذلك إلا بعد المعرفة وصفته خوف الندم عليه إن كان لوجه الله قال فيمن تصدق بميراثه على رجل، ثم تبين له خلاف ذلك، له أن يرد عطيته، وقال **محمد بن عبد الحكم**: لا رجوع له[1]. قال أشياخنا[2]: إن كان الوارث يرى أن للمورث داراً يعرفها في ملكه فأبدلها الميت في غيبته بأفضل منها، ولم يعلم المتصدق ذلك، فله أن يرد عطيته، لأن له أن يقول: كان قصدي تلك الدار، وكذلك إذا طرأ له مال لم يعلم المتصدق به حين الصدقة فتمضي الصدقة فيما علم خاصة لا فيما لم يعلم، وإن كان جميع ماله حاضراً وكان يظن أن ذلك كذا [71/و] فتبين له أكثر كان شريكاً بالزائد هذا المختار للشيخ **أبي الحسن اللخمي**[3].

قوله: «وتصح في المحوز والمشاع»[4] هذا تنبيه على خلاف مذهب **أبي حنيفة** في المشاع الذي لا يمكن قسمته[5]، إذ لا يتصور القبض فيه، وعندنا أنه يتصور حكماً، وصفة الحوز في المشاع مختلفة فإن كان الجميع ملكاً للواهب أو المتصدق فوهب ذلك أو تصدق به صحة العطية مع بقاء يد الواهب مع الموهوب، ويتنزل الموهوب له منزلة الشريك الأجنبي على الأصح من المذهب وإن لم يكن الجميع ملكاً للواهب فلا إشكال في جواز ذلك، ويحل الموهوب مع الشركاء محل الواهب، واختلف فيها إذا تصدق على ولده الصغير بجزء مشاع من دار أو أرض، وأشهد عليه، وحاز جميعه لنفسه ولولده

= حديث (1076) 1/ 282؛ سنن النسائي، كتاب الزينة، باب ذكر النهي عن لبس السيراء، حديث (5295) 8/ 196؛ سنن ابن ماجه، كتاب اللباس، باب كراهية لبس الحرير، حديث (3591) 2/ 1187.

(1) التبصرة 3/ 128/ ظ.

(2) يقصد اللخمي.

(3) التبصرة 3/ 128/ ظ، فيها: إذا كان الوارث يرى أن الموروث داراً يعرفها في ملك فأبدلها الميت في غيبته بأفضل كان له أن يرد جميع العطية، إذا قال كان قصدي تلك الدار، وإن خلف مَالاً حاضراً، ثم طرأ له مال لم يعلم به مضت العطية فيما علم خاصة.

(4) التفريع 2/ 312؛ المعونة 3/ 1609؛ المقدمات 2/ 412؛ القوانين الفقهية ص241.

(5) مختصر الطحاوي ص137؛ مختصر القدوري 2/ 172.

ففيها روايتان: إحداهما: إبطال الصدقة، والأخرى: جوازها، وكذلك الهبة. قال **مالك** في كتاب **محمد**: من تصدّق على ولده الصغير أو على يتيم يلي عليه بمائة من غنمه، ولم (يفرقها)[1] حتى مات فذلك جائز، ويكون شريكاً فله حظه فيها من النماء والنقصان. وقال **مالك** مرة: إن لم يفرقها أو يسمها لم يجز، قال: وأهل الإبل يسمون الإبل والغنم كما يسمي أهل الخيل الخيل، وأجاز في كتاب **محمد**: إذا تصدق بنصف داره أو عبده أن تبقى يده مع المتصدق عليه. وفي كتاب **سحنون** عن أبيه: أن الصدقة باطلة ولا تتم مع بقاء أيديهما عليها. قال **ابن القاسم**: إذا تصدق بشيء معلوم جاز، وإن كان غائباً عن الشهود، إذا كان في حجره، ولو تصدق على ولده الصغير وأجنبي أو وهب أو حبس فلم يجز الأجنبي حتى مات المعطي فنصيب الأجنبي باطل (سواء كان صدقة أو وهبته أو حبساً)[2].

واختلف المذهب في نصيب الصغير على ثلاثة أقوال: أَحَدُها: جوازه في الصدقة والهبة والحبس، لأنه لو قام الأجنبي يطلب الحوز كان يد الأب معه نائباً عن ولد فقد حاز على الولد من هو جائز الحوز له، وقبض له من هو ماضي القبض، والثاني: أن نصيب الولد باطل في الصدقة والحبس والهبة بناء على أن صدقة المشاع لا يتصور (قبضها)[3] إلا بارتفاع يد الواهب، فلو قام الأجنبي يطلب الحوز لرفعت يد الأب عن الجميع، وجعل ذلك على يد الأجنبي يحوز للصغير، **والقول الثالث**: وهو قول **ابن نافع وعلي بن زياد** عن **مالك** لأن ذلك جائز في الهبة والصدقة، وباطل في الحبس من قبل أن الصدقة تقسم، وقد قبض له من هو جائز القبض، والحبس يسلم إلى من يقبضه له أو للكبير لم تجز فيه قسمة. قال **مالك** في كتاب **محمد**: إن حاز الأب ذلك لابنه، وعلم أنه منع نفسه من منافعه جاز نصيب الابن[4]، **وهذا أسعد الأقوال عندي بالصواب**. وأما نصيب الأجنبي فباطل على كل

(1) في نسخة: «خق»: (يحزها).
(2) ساقطة في نسخة: «ش».
(3) في نسخة: «خق»: (قسمتها).
(4) في جملة هذه الأحكام. ينظر: التبصرة للخمي 3/ 129/ و.

حال إذا لم يحز، وبقي في يد الواهب أو المتصدق حتى مات.

قوله: **«إلا أن يهب لولده الصغير فيكون قبض الأب قبضاً له»** وهذا كما ذكره. (وكذلك)[1] يحوز الأب لولده الصغير والكبير السفيه، وكذلك لابنته البكر والثيب السفيهة في العقار والعروض والعبيد. واختلف فيما تصدق به عليهم من الدنانير والدراهم. قال **مالك** مرة: لا يجوز إلا أن يضعها على يد غيره، ولو أشهد على طابعه عليها، ومات وهي تحت يده لم يجز. وقال في كتاب **ابن حبيب** إذا أشهد عليها جاز ختم عليها أو لم يختم إلا أن تكون وصية[2]. واختلف إذا وهبته غلاماً فكان يخدمه أو ثوباً أو حلياً فكان يلبسه، فقال **ابن القاسم**: بجواز ذلك إذا كان العبد يخدم الصبي، وإن كان مع أمه، وقال **أشهب**: لا يجوز ذلك إلا أن تكون الأم وصية.

قوله: **«وهبة الثواب[3] جارية مجرى البيع»**: وهذه الهبة التي هي للثواب جائزة، والدليل على جوازها أن النبي ﷺ أهديت له لقحة[4] فطلب صاحبها الثواب فلم ينكر ﷺ ذلك عليه[5] لأنه بيع في المعنى، والموهوب له مخيّر بين الإثابة أو الرد لأنها معاوضة لا تلزم إلا باختيارهما، والثواب ما تراضيان به، فإذا لم يتراضيا لزمت في ذلك القيمة، وقد قيل: لا يجبر الواهب على قبول القيمة إلا من النظر أو الأمثال فأما هبة الفقير للغني أو الرجل للسلطان أو للعالم أو للصالح فلا يجبر فيها على قبول القيمة، إذ للواهب أن يقول: لو شئت القيمة لذهبت بها إلى السوق، وإنما يلزمه قبول ما زاد على القيمة مما يشهد العرف بأن مثله ثواب. واختلف إذا أثابه عرضاً يبلغ

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) بداية المجتهد 2/ 536.

(3) هبة الثواب: عطية قصد بها عوض مالي. قال الرصاع: وحكمها حكم البيع. ينظر: حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع 2/ 559.

(4) لقحة: مفرد لقاح: وهي التي نتجت حديث فهي لقحة ولقوح، شهرين أو ثلاثة ثم هي لبون بعد ذلك. ينظر: غريب الخطابي 2/ 285.

(5) حديث: **(أهديت له لقحة...)**: سنن الدارمي، كتاب الأضاحي، باب في المحالب يجهد الحلب، حديث (1997) 2/ 121؛ المستدرك على الصحيحين، حديث (2364) 2/ 71؛ مجمع الزوائد 8/ 196.

القيمة هل يلزم الواهب قبله أم لا؟ فيه قولان[1]. والصحيح مراعاة العرف في مكافأة تلك الهبة، لأن العرف كالشاهد، وإذا بنينا على المشهور من لزوم القيمة من الطرفين، وأنه لا مقال فيها لواحد منهما حكم بها على من أباها، فإن امتنع الموهوب من قيمتها وأراد ردّ عينها فله ذلك ما لم تفت عينها، والفوت مثل الحمل والموت والعتق ونقص البدن، واختلف في زيادة الجسم والسوق هل هي فوت أم لا؟ وفيه قولان عندنا حكاهما القاضي **أبو محمد**[2] وغيره[3]، ولما ذكرناه من أنها جارية مجرى المعاوضات لم تفتقر إلى حيازة.

قوله: «وإذا اختلف المتواهبان وتداعيا الثواب حكم لمدعي (الأشبه)[4]» وهذا كما ذكره تحكيماً للعادة وشهادة بمقتضى العرف كالفقير يهب للغني وللعالم وللصالح أو السلطان والنظر أو الأمثل إذا دلّ على ذلك دليل الحال، وعنه في هبة أحد الزوجين للآخر [71/ظ] روايتان[5]: إحداهما: أن مقتضاها الثواب، والثاني: أنها راجعة إلى مقتضى العرف وهو الصواب، وجعل القول قول الواهب مع يمينه عند الاحتمال، لأن الأصل ملكه فلا ينتقل عنه إلا بيقين.

قوله: «ويكره للرجل أن يبتاع صدقته» وهذا كما ذكره، والأصل فيه حديث عمر بن الخطاب **(أنه حمل على فرس في سبيل الله (فابتاعه)[6] الذي هو عنده فأراد عمر أن يشتريه فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: (لا تشتره ولو أعطاكه بدرهم، فإن العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه)** وإنما ذلك لأنه أخرجه عن ملكه قربة لله وابتغاء وجهه فينبغي أن يدخره ليومه كما قال ﷺ: **(إنما الصدقات ليومها)**[7] يريد يوم القيامة. قال الشيخ **أبو الحسن اللخمي**:

---

(1) المقدمات 2/ 445؛ معين الحكام 2/ 757.

(2) المعونة 3/ 1611.

(3) كابن رشد الجد، وابن عبد الرفيع وغيرهما. ينظر: المقدمات 2/ 445؛ معين الحكام 2/ 757.

(4) في نسختي: «خق» «ش»: (الشبه).

(5) التبصرة 3/ 131/و؛ معين الحكام 2/ 759.

(6) في نسخة: «ش»: (فأضاعها).

(7) حديث: **(إنما الصدقات ليومها)**: مصنف عبد الرزاق 9/ 118.

واختلف في ذلك في خمسة مسائل: الأولى[1]: هل النهي على التحريم أو على الكراهة، وفيه قولان. قال الداودي: ذلك حرام، فإذا نزل فسخ، والمشهور أنه مكروه فإن نزل مضى الثانية هل النهي على الشراء من المتصدق عليه خاصة، أو ممن صارت إليه مطلقاً فيه قولان عندنا.

المسألة الثالثة: هل الهبة في ذلك كالصدقة أم لا؟ فأجازه في كتاب محمد، وفي غيره الصدقة والهبة سواء.

المسألة الرابعة: هل تدخل في ذلك الصدقة الواجبة أم لا؟ فيه قولان. والمشهور أن الفريضة في النهي عن ذلك كالتطوع، وفي الناس من لا يرى بذلك بأساً في الفريضة، وذلك عن عمر وابن عمر وجابر أنهم كرهوا ذلك في الفريضة، وهو قول **مالك** المشهور عنه.

المسألة الخامسة: هل المنافع في ذلك كالرقاب أم لا؟ فيه قولان عندنا، وذلك إذا أخدم عبداً وأسكن داراً، ولم يبتل الأصل، وأجازه **ابن المواز** ومنعه **عبد الملك** وغيره وهو اختيار الشيخ **أبي الحسن** إذ لا فرق في هذا المعنى بين الرقاب والمنافع. واختلف فيمن جعل شيئاً من مال الله تعالى، وكان مما لا يتصدق بعينه، وإنما يتصدق بثمنه هل يجوز للمتصدق أن يشتريه أم لا؟ قال **مالك** في العتبية: من قال في دابة أو عبد: أنا أهديه، هو مخيّر في ثمنه أن يجعله في هدى. وقال **مالك** أيضاً في امرأة: جعلت خلخالها في سبيل الله إن شفاها الله فصحّت، قال: تخرجهما ولا تحبسهما، وتخرج قيمتها كراهة أن يتملك شيئاً جعله لله أن يعود إلى كسبه اعتماداً على فرس عمر بن الخطاب. قال **مالك**: ومن تصدق بجارية على ولده الصغير فتبعتها نفسه، فله أن يقومها على نفسه، وفي كتاب **محمد**: فيمن تصدق على ابنه بغنم، فلا بأس أن يأكل من لحمها ويشرب من لبنها، ويلبس من صوفها إذا أعطاه ولده ذلك. وقال **ابن نافع** في شرح **ابن**

---

(1) التبصرة 3/ 127/ ظ. قال اللخمي: وقد اختلف في خمسة مواضع أحدهما: هل النهي على الوجوب أو الندب، والثاني: هل النهي عن الشراء من المتصدق وعليه خاصة، أو منه، وممن صارت إليه، والثالث: هل يدخل في ذلك الصدقات الواجبة كالزكاة، الرابع: هل الهبة في ذلك كالصدقة، والخامس: هل عطية المنافع بالعارية والعرية كالرقاب فالمشهور من المذهب أن النهي في ذلك على الندب.

مزين: أكره أن ينتفع بصدقته على ولده كانت أو على أجنبي ولا أحب أن ينتفع بشيء منها لقوله ﷺ: **(العائد في صدقته)** [72/و] ولم يفرق، لأن كل ذلك أراد به وجه الله تعالى، فلا ينتفع بشيء منه، ومنع **ابن القاسم** من تصدق بصدقة أن يأكل من ثمنها أو يركبها، وينتفع بشيء منها أخذاً بحديث عمر ﷺ.

قوله: «ويستحب للمتصدق على ولده التسوية بينهم في الصدقة والهبة» فإن فضل أو خص (أحدهما)[1] جاز ولم تبطل، والمساواة بين الأولاد في الهبة والصدقة مستحبة عندنا، وواجبة عند **أحمد بن حنبل** وغيره من أهل الظاهر، والمعتمد في الباب حديث النعمان بن بشير **(أتى إلى النبي ﷺ فقال: إني نحلت ابني هذا غلاماً قال: أكل ولدك نحلته مثل هذا، قال: لا، قال: فارجعه)**[2]. وفي رواية مسلم: **(لا أشهد على جور)**[3]. وفي لفظ آخر: **(لا تشهدني على جور)**[4]. وفي لفظ آخر: **(لا تشهدني إلا على حق)**[5]. وروى: **(اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم)**[6]. زاد **أبو داود**: **(أن عليهم من الحق أن يبروك، وعليك أن تعدل بينهم)**[7]. وقد اختلف الفقهاء في

---

(1) ساقطة في نسخة: «ش».

(2) حديث: **(أكل ولدك نحلته مثل هذا)**: صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب الهبة للولد، حديث (2446) 2/ 913؛ صحيح مسلم، كتاب الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة، حديث (1623) 3/ 1241؛ سنن سنن الترمذي. كتاب الأحكام، باب ما جاء في النحل والتسوية بين الولد، حديث (1367) 3/ 649؛ سنن النسائي، كتاب النحل، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان في النحل، حديث (3672) 6/ 258؛ سنن ابن ماجه، كتاب الهبات، باب الرجل ينحل ولده، حدبث (2376) 2/ 795.

(3) صحيح مسلم، كتاب الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد، حديث (1623) 3/ 1243.

(4) المصدر نفسه 3/ 1243.

(5) المصدر نفسه 3/ 1243.

(6) حديث: **(اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم)**: صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب الهبة للولد 2/ 913؛ سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل، حديث (3544) 3/ 293.

(7) سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل، حديث (3542) 3/ 292.

مقتضى هذا الحديث، فذهب (**مالك**)[1] **والشافعي وأبو حنيفة** إلى جواز[2] التفضيل[3]. وقال **أحمد بن حنبل**: هو باطل يجب فسخه[4] [72/ظ] لأن النبي ﷺ أمر برده وسماه جوراً، وحقق ذلك بقوله: أشهد (على ذلك)[5] غيري، لأنه إذا كان أمراً لا يرضاه رسول الله ﷺ ولا يشهد به فمن ذا الذي يرضاه أو يشهد عليه، والمشهور من مذهب **مالك** أن التفضيل مكروه[6]، فإن نزل مضى ولم يفسخ. وخرّج الشيخ **أبو الحسن**[7]: أنه إذا تصدق على الذكور خاصة أو على بعض الذكور أنه يبطل إذا لم يشركهم فيه. قال **ابن القاسم**: يفسخ ما لم يحز، على قوله الآخر يفسخ، وإن حازه (الأب)[8] ما لم يمت الأب (قال **ابن القاسم**: يفسخ)[9]. وفي كتاب **محمد**: لا بأس أن ينحل بعض ولده وإنما يكره أن ينحل جلّ ماله، قيل: فإن فعل أترى أن يرد فلم يقل شيئاً، واختلف في صفة العدل إذا كان ذكراً وأنثى. قال **أبو الحسن بن القصار**: العدل أن يعطى الأنثى ما يعطى الذكر، واستحسن **ابن شعبان** أن يكون على فرائض الله سبحانه.

قوله: «وللأبوين الرجوع فيما وهباه للولد ما لم يتعلق به حق لغيره» وهذا كما ذكره وهو في الأبوين مستثنى من الرجوع في الهبة المنهى عنه بقوله ﷺ: (**الراجع في صدقته كالكلب يعود في قيئه**) وإنما استثنى **مالك** وأصحابه الأبوين[10] لما رواه **عمرو بن شعيب** عن أبيه عن جده أن

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) المراد بالجواز هنا والله أعلم النفاذ، فقد ذهب مالك والشافعي والحنفية إلى أنه ينبغي للرجل أن يسوي بين ولده والنحلة، ولو نحل بعضاً، وحرم بعضاً جاز عن طريق الحكم، ونفذ مع الكراهة.

(3) مختصر الطحاوي ص132؛ بدائع الصنائع 6/ 127؛ المعونة 5/ 1616 ـ 1617؛ معين الحكام 2/ 744؛ الإشراف للنيسابوري 1/ 385؛ مغني المحتاج 2/ 401.

(4) الإنصاف 7/ 136.

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) التفريع 2/ 315؛ المعونة 3/ 14د.

(7) التبصرة 3/ 126/ و.

(8) ساقطة في نسخة: «ش».

(9) ساقطة في نسخة: «ش».

(10) التفريع 2/ 313؛ المعونة 3/ 1614.

رسول الله ﷺ قال: **(لا يحل لأحد أن يعطى عطية فيرجع فيها إلا الأب)**[1]، ولقوله ﷺ في حديث النعمان بن بشير: **(فارتجعه)** فدلّ ذلك على أن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه، لأنه ماله بدليل قوله ﷺ: **(أنت ومالك لأبيك)** فكن كالعبد مع سيده، والأم عندنا كالأب لمشاركتها الأب في سبب الولادة هذا أصل المذهب في الأم، وفيه خلاف. قال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: إن جاز الأب ما وهبت الأم لولدها لم يجز لها أن تعتصر[2] لأنها لا تعتصر ما ولايته إلى غيرها، وكذلك إذا كان (يتيماً)[3] وإنما ذلك لها إذا لم تخرج العطية عن يدها، ولا يعتصر الجد والجدة عند مالك من رواية ابن القاسم. وروى عنه أشهب في كتاب محمد أن ذلك لهما[4]، وإذا قلنا بجواز اعتصار الأم إذا كان للولد أب، وسواء كان الأب موسراً أو معسراً، فإن كان الأب والابن فقيرين فهل للأم أن تعتصر الهبة أم لا؟ قولان، ولو كان الولد صغيراً فقيراً لم تعتصر الأم، لأنها صدقة لا هبة (وإذا كان فقيراً اعتصرت)[5] وعلى قول سحنون: لا تعتصر، ولو كان الأب يوم العطية فلم تعتصر الأم حتى مات الأب كان لها أن تعتصر لأنها لم تكن على وجه الصدقة. وفي كتاب محمد: لا تعتصر بناء على مراعاة يوم الاعتصار لا يوم الهبة. قال الشيخ أبو الحسن: واختلف في اعتصار الأب إذا كان الولد كبيراً فقيراً فقيل له: أن يعتصر[6]. ومنع ذلك سحنون إذا كان الأب أو الابنة محتاجين، وقال: وإنما يعتصر الأب إذا كان الولد في حجره أو نائباً عنه، وله مال كثير ولا يقع الاعتصار إلا في الهبة، وأما في الصدقة لوجه الله فهل يقع فيها الاعتصار أم لا؟ قولان[7].

---

(1) حديث: **(لا يحل لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الأب)**: سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في الرجوع في الهبة، حديث (1298) 3/ 592؛ سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب الرجوع في الهبة، حديث (3539) 3/ 291.

(2) بداية المجتهد 2/ 539.

(3) في نسخة: «خق»: (فقيراً).

(4) المعونة 3/ 1615؛ معين الحكام 2/ 762.

(5) ساقطة في نسخة: «ش».

(6) التبصرة 3/ 132/ و.

(7) بداية المجتهد 2/ 539.

المشهور أنه لا يجوز فيها الاعتصار، فإن مرض الأب امتنع الاعتصار في الهبة، وفي كتاب محمد عن أشهب: إذا مرض الأب فله أن يعتصر، والصواب أنه لا يعتصر في المرض لأنه حينئذ يعتصر لغيره، وإذا كان الابن هو المريض فلا أدري، واختلف إذا منع الاعتصار لمرض الأب أو الابن، ثم برئ، وقد كان اعتصر المريض هل يتم اعتصار المانع أم لا؟ قال محمد: ولو اعتصر في المريض ثم صح كان الاعتصار صحيحاً، والصحيح أن اعتصاره في المرض موقوف، فإن مات بطل الاعتصار وإن صح ثبت، وتعتصر الهبة، وإن تغيّر سوقها بزيادة أو نقصان، واختلف إذا حدث بها عيب هل يمنع الاعتصار أم لا؟ وإن كانت أمة فولدت فله أن يأخذ الأمة دون ولدها ولو غاب عليها الابن، وادعى أنه وطئ كان فوتاً.

وقال **المخزومي** في كتاب **محمد**: له أن يعتصر إن كان قد وطئ لأن الوطء ليس بزيادة ولا نقص، وإذا تعلق بالهبة حق الغير امتنع الاعتصار مثل: أن تتزوج البنت أو يستدين الابن، لأن الناس إنما داينوه على الهبة. وقال ابن دينار في كتاب ابن حبيب: له أن يعتصر في الابن بعد التزويج ولا يعتصر من الابنة، لأن للإبن مخرجاً مما دخل فيه وليس للابنة لأن زوجها يقول لها: إن اعتصرت (منك الهبة)[1] فارقتك، وظاهر كلام القاضي أن تزويج البنت ليس كتزويج الابن لأنه مَثَّل في البنت بالتزويج وفي الابن (بالاستدان)[2][3].

قال **ابن القاسم**: من وهب لابنه الصغير دنانير فصاغها حلياً فليس له أن يعتصرها، لأنه أحالها عن حالها، ولو كان أرضاً فغرسها أو بناها، كان ذلك فوتاً، وكذلك إذا كانت داراً فانهدمت إلا أن يعتصر العرصة وحدها، فله ذلك ولو وهبه زيتاً أو قمحاً ونحو ذلك مما لا يعرف بعينه، فاختلط كان ذلك فوتاً يمنع الاعتصار وقيل: ليس بفوت.

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) في نسخة: «خق»: (الاستدانة).
(3) التلقين ص167.

كتاب الوصايا[1] والمواريث[2] والفرائض

قال القاضي رحمه الله: «**كتاب الوصايا والمواريث والفرائض، الوصية مندوب إليها، وفيها احتياط للدين**».

شرح: الأصل في الوصية قوله عز وجل: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: 180]، وقال تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: 11]. قال ﷺ: (**ما حق امرئ** [73/و] **مسلم له شيء يوصي فيه يبين ليلتين إلَّا ووصيته عنده مكتوبة**)[3]. وقد اختلف الفقهاء في حكم الوصية، فقال الجمهور: هي مستحبة. وقال أهل الظاهر: هي واجبة[4] لمن عليه أو له حق، تمسكاًبظاهر لفظ الخبر والصحيح أنها مندوب إليها، لما فيها من التحرز والاحتياط، إذ الإنسان لا يدري متى يأتيه أجله وقسّمها الشيخ **أبو الحسن اللخمي** إلى أقسام الشريعة الخمسة[5]: واجبة

(1) الوصايا لغة هي جمع وصية: مأخوذة من وصيت الشيء بالشيء إذا وصلته به كأن الموصى لما أوصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف، وفي اصطلاح الفقهاء: عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده. ينظر: معجم مقاييس اللغة د/ 116؛ حدود ابن عرفة 2/ 681؛ حاشية الدسوقي 4/ 422؛ حاشية العدوي 2/ 204.

(2) المواريث: هو أن يكون الشيء لقوم يصير إلى آخرين بنسب أو سبب، وفي الاصطلاح: العلم بالأحكام العملية المختص تعلقها بالمال بعد موت مالكه تحقيقاً أو تقديراً، ويقال له علم الفرائض. ينظر: معجم مقاييس اللغة 6/ 105؛ الفواكه الدواني 2/ 270.

(3) حديث: **(ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه)**: صحيح مسلم، كتاب الوصية، حديث (1627) 3/ 1250؛ سنن النسائي، كتاب الوصايا، باب الكراهية في تأخير الوصية، حديث (3619) 6/ 239.

(4) المغني 6/ 2.

(5) التبصرة 3/ 105/ و.

ومحظورة، ومندوب إليها، ومكروهة، ومباحة، فتجب بما قبله من حقوق الله سبحانه مما فرط فيه من زكاة أو كفارة واجبة بيمين أو عتق أو بما قبله من حقوق الآدميين من المعاملات (والمعاوضات)[1] وغير ذلك إذا لم يتقدم الإشهاد على ذلك في حال الصحة، وإن كانت الوصية تقتضي معصية أو حثاً على قطيعة رحم أو نحو ذلك فهي محظورة.

وسمعت بعض شيوخنا يحكي عن بعض السفهاء الجهلة في الحقيقة من الأعيان أنه أوصى إذا مات أن ترجم السماء بالحجارة[2] ونحو ذلك أن يوصي بالنياحة وغير ذلك من شؤون الجاهلية، فإن اقتضت الوصية صدقة أو نوعاً من أنواع الطاعات كانت مستحبة مندوباً إليها إذا كان ذلك لا يضر بالورثة، فإن كان المال قليلاً، وكان الذي يرجى من فضل تركه للورثة لما علم من (سوء)[3] حالهم أحسن ما يرجى من الوصية به كانت الوصية بالمال مكروهة لقوله ﷺ: **(إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس)**[4] الحديث فإن كان الورثة مياسر لم يكن في الوصية كراهة، فإن تقارب الحال كانت مباحة، وذلك إذا لم تقتض طاعة ولا معصية ولا مضرة على الورثة، وفي قسم المكروه منها أن تكون له قرابة فقراء فأوصى لأجنبي مع وجود القرابة الفقراء، وفي قسم المكروه منها أن تكون قرابة فقراء فأوصى لأجنبي مع وجود القرابة الفقراء، فلا خلاف إن جعلها في الأجنبي أنها مكروهة مع وجود القرابة.

---

(1) في نسخة: «ش»: (والمقارضة).

(2) في نسخة: «ش»: زيادة (إذا مات).

(3) في نسخة: «خق»: (سداد).

(4) حديث: **(إنك إن تذر ورثتك أغنياء)**: صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب رثى النبي ﷺ سعد بن خولة، حديث (1233) 1/ 435؛ صحيح مسلم، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، حديث (1628) 3/ 1251؛ سنن الترمذي، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الوصية بالثلث، حديث (2116) 4/ 430؛ سنن أبي داود، كتاب الوصايا، باب ما جاء فيما لا يجوز للموصي في ماله، حديث (2864) 3/ 112؛ سنن النسائي، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، حديث (3626) 6/ 241؛ سنن ابن ماجه، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، حديث (2708) 2/ 903.

قوله: «وفيها احتياط للدين»: يعني أن بها التخلص من الحقوق التي عليه من حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين وبعضهم (يرويه)[1] للمدين هو تصحيف.

قوله: «وللموصي في ماله الثلث»: لا تجوز الزيادة عليه إلا بإذن الورثة، لقوله ﷺ حديث سعد: (**الثلث والثلث كبير**)[2]. وقال ﷺ: (**إن الله أعطاكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم**)[3].

فإن أذن بعض الورثة في الزيادة على الثلث، ومنع بعضهم منه جاز ذلك في حق من أجازه وامتنع في حق من منعه، لأنها حقوق لهم فمن شاء طلبها، ومن شاء تركها ولا تجوز الوصية للوارث لقوله ﷺ: (**إن الله ﷻ قد أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث**)[4]. فإن أجازها الوارث مضت عند الجمهور[5] خلافاً لمن منع ذلك[6] نظراً إلى أنها وقعت فاسدة في الأصل، وعندنا أن وقوعها بصفة الوقف على خيار الورثة لا لصفة الفساد وإذا وقعت الوصية للوارث والأجنبي وقعت المحاصة فيردّ من ذلك ما ناب الوارث إذا ردّه الورثة، ويمضي ما ناب الأجنبي، ومن لا وارث له كمن له وارث لا يتعدى الثلث عند جمهور أهل العلم، من أهل العمل من قال له الوصية بجميع ماله وهو قول أبي حنيفة[7].

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) طرف من الحديث الذي قبله.

(3) حديث: (**إن الله أعطاكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم**): سنن ابن ماجه، كتاب الوصية، باب الوصية في الثلث، حديث (2704) 2/ 904.

(4) حديث: (**ألا لا وصية لوارث**): سنن الترمذي، كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، حديث (2120) 4/ 433؛ سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في تضمين العارية، حديث (3565) 3/ 296؛ سنن ابن ماجه، كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، حديث (2712) 2/ 905.

(5) الهداية 4/ 583؛ الكافي ص543؛ روضة الطالبين 6/ 109؛ الإنصاف 7/ 193 ـ 194.

(6) منهم المزني وأبو سفيان، وداود رحمهم الله. ينظر: المحلى 8/ 356.

(7) شرح فتح القدير 8/ 430 ـ 446؛ حاشية ابن عابدين 5/ 418 ـ 427.

ومبنى الخلاف على بيت المال (هل هو وارث محقق أم لا؟ ومذهبنا أنه وارث محقق[1] فكما لا يجوز لمن له وارث مجاوزة الثلث، كذلك لا يجوز لمن وَرِثَهُ بيت المال)[2] وإذا استأذن الورثة في الوصية لوارث، أو في الوصية بأكثر من الثلث جاز ذلك إذ كان في حال المرض المخوف فإن استأذنهم في حال الصحة لم يلزمهم ذلك، والفرق أنهم في حال المرض يملكون الحجر عليه، ولا يملكون ذلك في حال الصحة، فكان حقهم إنما يتعلق بالمال في حال المرض لا في حال الصحة، فإذنهم له في حال الصحة كإذن الأجنبي لا يفيد شيئاً، وإذا استأذنهم (سفراً فأذنوا له ففي لزوم ذلك كله قولان: أحدهما: اللزوم إذا كان سفراً بعيداً مخوفاً، والثاني: نفي اللزوم لأنهم لا ضرورة لهم)[3] على الحجر عليه في هذه الحال، ولأن تصرفه فيها من رأس ماله بخلاف المرض.

قوله: «من غير خوف في الحال التي يتعلق لهم حق بمال الموصي» يريد إذا كان الوارث في عيال الموصي، وفي نفقته فيخاف إن لم يأذن له أن يقطع عنه النفقة، أو يكون له عليه دين فيجحف به، أو يكون ذا سلطان فيرهبه، واختلف في الزوجة، قال مالك: لها أن ترجع. وقال أشهب: ليس كل زوجة لها أن ترجع، ولو وهب ميراثه من موروثه لرجل، والموروث صحيح، فهل يلزمه لأنه التزمه بشرط الملك، أو لا يلزمه فيه قولان حكاهما الشيخ أبو الحسن وغيره.

قوله: «وليس للمريض المخوف عليه إخراج ماله في غير معاوضة»: يريد أن هباته وعطاياه موقوفة، فإن صح لزمته من رأس المال، وإن مات كانت في الثلث (ويجوز أن يشتري ابنه)[4] وإذا كان عبداً بثلث ماله، وهل له أن يشتريه في مرضه بكل ماله أم لا؟ قولان. المشهور أنه ليس له ذلك وقال **محمد بن مسلمة**: يجوز أن يشتريه بكل ماله، ولا خلاف في جواز استلحاقه،

---

(1) القوانين الفقهية ص254.
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) ساقطة في نسخة: «ش».

ومن أوصى لرجل (بنصيب)[1] أحد بنيه فللموصى له كل المال، وإن أوصى له بنصيب أحد ورثته اعتبر بالرؤوس، وكان له جزء من الأجزاء على حسب عدد رؤوسهم، لأن الأنصباء مختلفة، فليس الأكثر منهما بأولى من الأقل، فلم يبق إلا اعتبار عدد الرؤوس، هذا مقتضى المذهب، ونصوص الروايات [73/ ظ].

قال القاضي: «**وفي السهم والجزء خلاف**».

فمنهم من قال: يعطى الثمن، ومنهم من قال: يعطى السدس، وقيل: يعطى سهماً واحداً مما بلغت سهام الفريضة وتصح وصية السفيه المحجور عليه لتبذير ماله، لأنه إنما منع (لإتلاف)[2] ماله خوف الفقر عليه، والوصية إنما تنفذ بعد موته أمن الفقر عليه، وكذلك المجنون في حال إفاقته، وتجوز وصية الصبي الصغير المميز الذي يعقل القربة، وإن لم يبلغ[3] خلافاً لأبي حنيفة[4] وأحد قولي الشافعي[5]، وصح جواز ذلك عن عمر وعثمان وعلي وغيرهم[6]، هذا إذا كان عارفاً (بوجه القرب)[7] ابن عشر سنين أو (فوق)[8] ذلك بيسير، وروى عنه ابن تسع سنين. قال ابن وهب: وأصبغ تجوز وصيته إذا عقل الصلاة وهذا أقل ما قيل، وقال ابن الماجشون: إذا كان يافعاً مراهقاً، وجوازها من السفيه (إشعار)[9] بجوازها من الصبي لأن كليهما محجور عليه في مال لحق نفسه.

قوله: «وللموصي أن يعين النوع الذي يوصي فيه، ولا يكون للوصي أن ينظر في غيره، وله أن يطلق فيكون (الوصي)[10] وصياً في كل شيء

---

(1) في نسخة: «خق»: (بمثل نصيب).
(2) في نسخة: «ش»: (من إتلاف).
(3) النوادر 11/ 261؛ المعونة 3/ 1628؛ القوانين الفقهية ص266.
(4) مختصر الطحاوي ص161.
(5) الإقناع ص129.
(6) سنن البيهقي الكبرى 10/ 137.
(7) في نسخة: «ش»: (بوجوه القربة).
(8) في نسخة: «ش»: (دون).
(9) في نسخة: «خق»: (اعتباراً).
(10) ساقطة في نسخة: «غ».

يوصى (به)»[1] وهو كما ذكره، لأن الوصي وكيل والوكيل قد يكون مفوضاً إليه، وقد يكون مخصوصاً، وله أن يوصي وصيين كما له أن (يوصي بثلث ماله إلى وصي، وبالنظر في ولده إلى آخر لأن الوصية وكالة، وله أن يوكل في حقوقه كلها وكيلاً واحداً، وله)[2] أن يوكل عدة وكلاء، فإذا أوصى بنوع مخصوص لم يكن للوصي مجاوزته إلى النظر في غيره، فإن أطلق فقال: أنت وصي عمت الوصية كل شيء (وكذلك)[3] له النظر في المال والولد، وله إن أطلق أن يوصي بما أوصى إليه به أو ببعضه عندنا[4] خلافاً للشافعي[5].

واختلف المذهب عندنا إذا أوصى له بنوع مخصوص، ولم يذكر قصره عليه، ولا أنه ليس له النظر في غيره هل تتعدى الوصية إلى غير ما عين له لأجل التنصيص عليه. حكاه القاضي أبو محمد[6] وغيره عن المذهب، وفيه روايتان. قال مالك: إذا قال فلان وصّى فقد استقصى وبالغ، يعني: أنه وصّى على المال والولد، ولو قال فلان وصي على مالي دخل الولد، ولو قال: على ولدي وابني دخل المال، وكان وصياً في الجميع المال والولد، وإذا أوصى وصيين فليس لأحدهما التصرف إلا بإذن شريكه، فإن باع أو ابتاع بغير إذنه فأراد الثاني فسخ فعله نظر فيه السلطان، فإن رآه سداداً أمضاه، وإن رآه غير سداد ردّه.

قال أشهب: إلا في الشيء التافه اليسير كالطعام والثوب يحتاج إليه اليتيم في غيبة أحد الوصيين، فيشتريه الثاني ولو لم يشتريه الثاني ولو لم يشتره لأضر اليتيم، وليكن المال عند أعدلهما ولا يقسمنه، وقال علي بن زياد: إن تشاحا في ذلك اقتسماه، وإذا اقتسماه لم يكن لأحدهما أن ينفرد بالعمل، فإن انفرد فهو متعد، وعليه ضمان جميع المال إن هلك ما في يده وفي يد

---

(1) في نسخة: «غ»: (به).
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) في نسخة: «خق»: (وكان).
(4) المعونة 3/ 1630.
(5) الأم 4/ 120؛ المهذب 1/ 463.
(6) المعونة 3/ 1630.

صاحبه، لأنه تعدى بالنظر فيما عنده فضمنه وترك النظر فيما في يد صاحبه فضمنه. هذا (نص)[1] الروايات.

وإذا أوصى زوجته على أنها لا تتزوج فتزوجت نزعت الوصية عنها إذا شرط الموصي ذلك في وصيته، فإن أوصى زوجته من غير شرط فتزوجت لم تنزع الوصية منها إذا تزوجت، ولكن يكشف عن حالها وحال الزوج، فإن كانت قد عزلت الأيتام في بيت، وأقامت لهم ما يصلحهم فهي أولى بهم، ولو قال الميت: انزعوهم منها إن تزوجت لم ينزعوا منها، لأن الميت لم يقل هي معزولة إذا تزوجت، وإنما قال: انزعوهم منها إن تزوجت لم ينزعوا منها، فإذا كانوا معها في حرز وحفظ وكفاية وحسن قيام فيه (أحق)[2] بهم. قال ابن القاسم: إذا كان المال يسيراً وهي مكتفية ذات حال لم تنزع الوصية منها وإن كان المال كثيراً وهي فقيرة نزع منها.

قوله: «ولا يترك الفاسق وصياً» وهذا كما ذكره[3]. قال أهل المذهب: ولا تجوز الوصية إلى غير عدل فهم بما جعل له من النظر، ويرد فعله، لأن المال قد انتقل عن الميت إلى غيره، فلا يجوز أن يليه إلا مأمور ثقة، ولا تجوز الوصية إلى الذمي، وأجاز أن يوصي إلى زوجته النصرانية وأخيه النصراني ليصل بذلك رحمه، والذي يخشى على الأولاد بذلك أعظم مما يخشى على المال، ومما يرجى من ملة الرحم، لأن النصراني لا ينفك عن شرب الخمر وأكل الخنزير، وعبادة الأصنام وتعظيم غير الله.

وتصح الوصية من الأب ولا تصح من الأم مع وجود الأب أو وصية ولا مع عدمها. واختلف في جواز وصيتها فيما يرث ابنها عنها، إذا كان يسيراً كالخمسين ديناراً ونحوها فأجيز ومنع، ومذهب ابن القاسم جواز وصيتها في الشيء اليسير.

قوله: «ومن أوصى له بشيء بعينه فتلف فلا شيء له» وهذا كما

(1) في نسخة: «خق»: (نظم).
(2) في نسخة: «خق»: (أولى).
(3) التفريع 2/ 326؛ المعونة 3/ 1628؛ الكافي ص548.

ذكره، لأن الوصية إنما تعلقت بشيء معين فتذهب بذهابه، وكذلك الهبة والصدقة، ولا خلاف في ذلك (وهو)[1] كالدابة المعينة المستأجرة إذا ماتت انفسخت الإجارة فيها، فإن تلف ثلثا تلك العين المعينة فالثلث الباقي للموصي إن احتمله كل المال، ولو كانت الوصية لجماعة فمات واحد منهم قبل موت الموصي ولم يقبل ففيها ثلاث روايات عن مالك[2]، فقال [74/و] مرة: ليس للورثة أن يحاصوا الورثة بنصيب الميت علم الميت بموته أم لا؟ وقال مرة: لورثة الموصى أن يحاصوا أهل الوصايا بنصيب الميت، علم الميت بموته أو لم يعلم، وقال مرة: إن لم يعلم الموصي بموته حاصو وإن علم بموته لم يحاصوا، لأنه إذا علم فترك الوصية على ما هي عليه رضى بكونه باقياً على حكم الوصية، وإنما جعل لهم أن يحاصوا على الرواية الأولى، لأن الميت جعل الوصية بين الجميع فلم يستحق الباقي من الموصى لهم نصيب الميت كما لو لم يمت، وأما الرواية بأنهم لا يحاصون فلأن الموصي قد صرف المال إليهم، وأخرجه عن تركته فلم يجز أن يرجع شيء منه ميراثاً، لأن الوصية بإخراجه تناقض ذلك.

قوله: «ومن أوصى بنفقة عمره عمر سبعين سنة» هذا مشهور المذهب في التعمير، وقيل: إنه يعمر تسعين سنة، وقيل: مائة وعشرين سنة، والصحيح

---

(1) في نسخة: «خق»: (وهذا).

(2) المعونة 1636، وفيه: وإن كانت الوصية لجماعة فمات أحدهم قبل موت الموصي فيها ثلاث روايات إحداها أنه يحاص أهل الوصايا بقدر وصيته على علم بموته أولَا، فما أصابه كان لورثة الموصي، ولا شيء لورثة الموصى له، والأخرى أنها تبطل وصيته، ولا يحاص أهل الوصايا بها علم بموته أو لم يعلم. والثالثة أنهم يحاصون إن لم يعلم ولا يحاصون إن علم فوجه الأولى أن الموصي قصد إعطاءهم ما بعد وصية الميت فلم يستحقوا زيادة على ذلك كما لم يمت، وإن لم يعلم فهو على العقد الأول، وإن علم فتركه إن تبين إقرار منه فالأمر على ما كان عليه، ووجه الثانية أن الموصي قد صرف إليهم المال وأخرجه عن تركته فلم يجز أن يرجع ميراثاً، فإن لم يعلم فالقصد على ما كان عليه وإن علم ولم يعين فذلك وكالة على تبقيته إياه، ووجه الثالثة أنه إذا لم يعلم وقعت المحاصة، لأنه لم يرد أن يكون لهم جميع المال الموصي به، فإن علم فتركه أن يصرف المال إلى جهة أخرى رضا منه بأن يكون باقها على حكم الوصية.

هو الأول لقوله ﷺ: **(أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين)**[1] فإذا عمر جعل قدر نفقته على يد أمين فينفق عليه شهراً شهراً، فإن مات قبل استيفاء ذلك رجع باقي النفقة لورثة الموصي، وإن عاش زيادة على التعمير فهل يرجع على أهل الوصايا فيحاصهم أم لا؟ قولان. المشهور أنه إذا عاش زيادة على التعمير فلا شيء له. وقال أشهب: يرجع عليهم[2]، ومبناه على الاجتهاد هل يرفع الخطأ أم لا؟ وهذه النفقة في الثلث لأنها وصية فكانت في الثلث كسائر الوصايا والله تعالى أعلم.

قوله: «والحامل إذا بلغت ستة أشهر والمحبوس للقود»: والزاحف في الصف وراكب البحر في زمن العطب كالمريض المخوف عليه يجب الحجر عليهم، ولا يتصرفون إلا في الثلث إلا فيما يحتاجون إليه من النفقة والكسوة فلا حجر عليهم في ذلك وهو من رأس المال أيضاً، ولا يمنون من التصرف بالمعاوضة إذا لم يكن فيها محاباة. وأشار القاضي إلى الخلاف في راكب البحر في اللجة، وهو بناء على أن الغالب فيه السلامة، وقد قال سحنون في راكب البحر في دجنبر: فقد برئت منه الذمة، يعني أنه عاص في الركوب مغرر بنفسه. قال ابن القاسم في راكب البحر في زمان اللجة: حكمه حكم الصحيح. وقال أشهب: حكمه حكم الحامل إذا بلغت ستة أشهر[3].

قوله: «وتجب الوصية بموت الموصى وقبول الموصى له بعده» وهذا كما ذكره، فإن الموصي ما دام حياً فله الرجوع في وصيته، وله أن يغير منها ما شاء إلا التدبير[4]. (قال **مالك**: وهو الأمر المجمع عليه عندنا الذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن للموصي أن يغير من وصيته ما شاء إلا التدبير)[5] فإذا مات الموصي قبل قبول الموصَى له عادت ميراثاً[6]، ومن أهل

---

(1) سبق تخريج هذا الحديث.

(2) التفريع 2/ 330؛ المعونة 3/ 1637 ـ 1638؛ الكافي ص554.

(3) المعونة 3/ 1641.

(4) النوادر 11/ 330.

(5) ساقطة في نسخة: «خق».

(6) الموطأ 2/ 466؛ التفريع 2/ 321؛ الكافي ص543.

العلم من قال: إن الوصية تدخل في ملك الموصى له بنفس الموت دون القبول وهو أحد قولي **الشافعي**[1]. والصحيح أنها مفتقرة إلى القبول كالهبة في حال الحياة، ولو مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد فهل لورثة الموصى له القبول والرد كما كان لموروثهم أو تبطل الوصية، وتعود ميراثاً قولان[2]. واختار الشيخ أبو بكر الأبهري أنها تعود ميراثاً، لأنه الأصل، والصحيح أن ذلك حق وجب للموصى له فورثته يتنزلون منزلته.

قوله: **«وإذا ضاق الثلث عن الوصايا قدم آكدها على ما دونه»**: هذه مسائل التبدئة، وأول ما يبدأ به من رأس المال كفن الميت وحنوطه وما يلزمه في مواراته، ثم ديون (الخلق)[3] ثم زكاة تحل عليه وهو مريض فيوصَى بها، أو لا يوصى فتخرج من رأس ماله (في الحب والماشية، واختلف في زكاة العين إذا علم بها ولم يفرط فيها، فقال ابن القاسم: إن أوصى بها كانت من رأس ماله)[4] وإلا فلا تخرج منه ولا من الثلث وقال أشهب هي من رأس المال أوصى بها أم لا لاتفاقهم على زكاة الحب والماشية، قال محمد في مريض قيل له: أخرج زكاة مالك؟ قال: لا حتى (إن)[5] برئت أخرجتها أنها لا تخرج إلا أن يوصي بها فتكون في الثلث، وقيل: في رأس المال، وقال فيمن عليه هدى تمتع أنه من رأس ماله إلا أن يفرط فيه فلا يكون في ثلثه ولا في رأس ماله، وأول ما يبدأ به في الثلث عند ضيقه صداق (المنكوحة في)[6] المريض إذا أدخل بزوجته، ثم المدبر في الصحة، ثم ما فرط فيه من زكاة أو كفارة، ثم المبتل والمدبر في المرض ثم الموصى بعتقه المعين، فإن فضل شيء تحاص فيه أهل الوصايا.

قال أهل المذهب: الموصى به أربعة أنواع: أحدها: ما أوجبه القرآن.

---

(1) مختصر المزني ص143؛ الإقناع ص130.
(2) عيون المجالس 4/ 1954؛ الكافي ص546.
(3) في نسخة: «خق»: (الحق).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) في نسخة: «خق»: (إذا).
(6) ساقطة في نسخة: «ش».

والثاني: ما أوجبته السنّة. والثالث: ما أوجبه الموصي على نفسه. والرابع: ما أوصى به ولو يوجبه. فإذا اشتملت الوصية على هذا كله وضاق الثلث عن ذلك ابتدئ بما جاء في القرآن، فإن كان فضل ابتدئ بما جاء في السنّة، ثم بالتطوع بعد ذلك، وأوجب[1] الزكاة والعتق عن القتل والظهار والإطعام والنسك وجزاء الصيد وفدية الأداء، وكفارة الأيمان.

فإذا اشتملت الوصية على هذا كله قدمت زكاة الأموال ثم الفطر، ثم الهدي، ثم الكفارة على الفطر في رمضان، وهكذا على ترتيب الآكد فالآكد، واختلف في العتق [74/ظ] المعين هل هو مبدأ على الزكاة[2]، وهو المشهور، أو الزكاة مبدأة عليه، لأنها من حقوق الله سبحانه وهو قول عبد الملك[3] وكذلك اختلف في كفارة القتل، والظهار، فقيل: هما سواء، وقيل: كفارة القتل أولى لحرمة النفس وإذا قلنا بالتسوية، فقيل: يقرع بينهما، وقيل ذلك إلى الورثة، والأول أصوب، وإن لم يكن في الوصايا شيء مما تضمن القرآن، وجاءت به السنّة بدئ بالعتق المعين على سائر الوصايا[4]. وقال أشهب: قد بلغنا أن رسول الله ﷺ وأبا بكر وعمر رضي الله عنهما قضوا بذلك، ولو أعتق عبدين في كلمة تحاصا، وقيل (يتقارعان)[5] ولو عجل عتق أحدهما بمال والآخر على غير مال بدئ بمن لم يجعل عليه مال، واختلف إذا عجل الثاني ما عليه من المال فقيل: يتحاصان وهو الصواب، وقيل: يقرع بينهما.

قوله: «وتجوز الوصية للقاتل وللذمي وللميت إذا علم الموصي بموته» وهذا كما ذكره[6]، ونبّه على خلاف الشافعي حيث منع الوصية للقاتل عمداً

---

(1) في نسخة: «ش»: زيادة (القرآن) كذا.
(2) قال ابن رشد: وحكى عبد الوهاب في المعونة أن الوصية بالعتق المعين تبدأ على الزكاة، وهو بعيد في القياس. ينظر: المقدمات 3/ 125.
(3) المعونة 3/ 1645.
(4) التفريع 2/ 324؛ عيون المجالس 4/ 1950.
(5) في نسخة: «خق»: (يقترعان).
(6) التفريع 2/ 322؛ المعونة 3/ 1631؛ الكافي ص545.

أو خطأ[1]، (ومذهبنا صحة الوصية للقاتل عمداً أو خطأ)[2] لأنها هبة (فالقتل لا يمنعه)[3] اعتباراً بحال الحياة، وكذلك يجوز عفو الرجل عن قاتله (عمداً) ولا يجوز ذلك في الخطأ إلا أن تكون الدية ثلث التركة أو أقل، والفرق بينهما أن الواجب بقتل العمد قود، وليس فيه إخراج مال عن الورثة، والواجب بقتل الخطأ مال، وليس له في المال إلا الثلث، ولو قتله الموصى له عمداً بطلت وصيته، وإن قتله خطأ لم تبطل وصيته كالميراث وكذلك الوصية للذمي، لأن هبته له جائزة على كراهة لقطع المواصلة بيننا وبينهم بالكفر ولو أوصى لميت علم بموته قضيت منها ديونه وزكاته وكفاراته إن كانت عليه، فإن لم يكن عليه شيء من ذلك كانت لورثته[4]، وهذا أيضاً تنبيه على مذهب الشافعي وأبي حنيفة حيث قالا: لا تصح الوصية للميت بحال، والصحيح ما ذهبنا إليه، لأن الموصي إذا أوصى له وهو ميت، فإنما قصد صرف الوصية في مصالحه، وإنما منعها الشافعي وأبو حنيفة لأن من شرط الوصية تملكها للموصى له، والميت لا يصح تملكه وهو منصوص بالوصية للقنطرة والمساجد وغير ذلك.

قوله: «ومن أوصى بنوع من تركته» وهي أنواع كثيرة من عقار، وناض، ورقيق وعروض، وديون فأوصى بجملة الناض لرجل، فأبى الورثة أن يجيزوا فإنهم بالخيار بين أن يجيزوا (أو يخلعوا)[5] جميع الثلث. وهذا كما ذكره لأن للورثة أن يقولوا: لا نأمن أن تتلف الديون والعروض قبل القبض والقسمة، فليس له تخصيص الموصى له بالعين لما في ذلك من الإضرار بنا، ولو كانت التركة كلها صنفاً واحداً عبيداً كلها أو دنانير أو عروض كلها، فأوصى منها بشيء بعينه هو الثلث فأقل جاز وليس للورثة أن يقولوا له: لك الثلث شائعاً.

---

(1) في أحد قولين. ينظر: الإقناع ص128.

(2) ساقطة في نسخة: «خق».

(3) في نسخة: «خق»: (لا يمنعها القتل).

(4) المعونة 3/ 1634.

(5) ساقطة في نسخة: «غ».

وإذا فرعنا على ما ذكرناه من أن لهم الممانعة في (التعيين)[1] مع اختلاف التركة فيهم بالخيار كما ذكره القاضي بين أن يجيزوا ما أوصى به أو يقطعوا له الثلث في التركة، واختلفت الرواية هل يقطعون له بالثلث في جميع التركة، أو في الشيء الموصى له به، فقال مرة: إذا لم يجيزوا الورثة قطعوا له بالثلث شائعاً. وقال مرة: يفض الثلث على العين التي أوصى له بها[2]. وجه الرواية الأولى: أنهم يقطعون بالثلث شائعاً أن الموصي تعدى بالتعيين إلى ما ليس له، فوجب ردّ تعديه فصار في حكم من أوصى بالثلث ابتداء. ووجه الرواية الثانية: أن الموصي لما عيّن لم ترد الوصية إلا بما عين خاصة ووقوع الشركة في عين واحدة أولى منها في الجميع فيقطعون له بالثلث في العين المعينة، إذ هو أولى من الاشتراك في الجميع ويحط ذلك الزائد من الموصى به خاصة، لأنه وإنما جعلنا لهم المقال في (العين التي عينها)[3]، إذ لهم أن يقولوا: هذا الذي عين الميت فيه زيادة على الثلث، فإذا رجعوا إلى تقويمه، وأخرجوا له الثلث جعلوه في العين التي عينها الموصي فيحصل فيه أمران مراعاة (قصد)[4]الموصي بالتعيين، ونفى الضرر عن الورثة بالتعيين، وهذا الذي (اختاره)[5] الأشياخ.

فصل

قال القاضي رحمه الله: «**أسباب التوارث ثلاثة: نسب وولاء ونكاح**» والعلل المانعة من الميراث ثلاثة: كفر، ورق، وقتل.

شرح: الميراث يكون بوجهين: نسب وسبب، فالنسب: الرحم، والسبب: الولاء والنكاح. أما (التوارث)[6] فالأصل فيه آية الفرائض، وقد

(1) ساقطة في نسخة: «خق».
(2) التفريع 2/ 324؛ المعونة 3/ 1644؛ الكافي ص550.
(3) في نسخة: «خق»: (التعيين).
(4) ساقطة في نسخة: «ش».
(5) في نسخة: «خق»: (رآه).
(6) في نسخة: «خق»: (الفرائض).

تضمنت ذكر ميراث الزوجات والأزواج فتضمنت ـ إذن ـ السبب والنسب، والميراث بالولاء ثابت بالإجماع كما قدمناه، وقد كانوا في الجاهلية يتوارثون بالنصرة والهجرة (والمحالفة وورث أبو بكر الصديق حليفاً له في الجاهلية في بني زهرة)[1] فنسخ الإسلام ذلك لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: 75] ولا توارث بين أهل الكفر والإسلام عند جمهور أهل العلم[2] وقالت طائفة من العلماء: يرث المسلم الكافر[3]. وقال به محمد بن الحنفية[4] ومعاذ بن جبل ومعاوية: لأن الإسلام يكون سبباً في المنع والحرمان، إذ الإسلام يعلو ولا يعلى عليه والصحيح الاعتماد على قوله ﷺ: **(لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم)**[5]. وفي لفظ آخر: **(لا يتوارث أهل ملتين)**[6]. واتفق العلماء والصحابة والتابعين أن من لا يرث لأجل الكفر لا يحجب إلا عبد الله بن مسعود فإنه حجب بالابن الكافر من يحجب بالابن المسلم وهذا ضعيف، لأن الله أنزله في الميراث معدوماً، فكذلك في الحجب، ولأن المذكور في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ﴾ [النساء: 11] سهماً هو [75/و] الذكور في قوله: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ﴾ [النساء: 11] حجبا، فلا فرق

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) المعونة 3/ 1650؛ الأم 4/ 74؛ المغني 6/ 294.

(3) المعونة 3/ 1650.

(4) أبو القاسم، وأبو عبد الله أيضاً محمد بن الحنفية بن علي بن أبي طالب، مات بالمدينة سنة (81هـ ـ 701م). ينظر: البداية والنهاية 9/ 40؛ حلية الأولياء 3/ 174.

(5) حديث: **(لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم)**: صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، حديث (6383) 6/ 2484؛ صحيح مسلم، كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، حديث (1614) 3/ 1233؛ سنن أبي داود، كتاب الفرائض، باب هل يرث المسلم الكافر، حديث (2909) 3/ 125؛ سنن ابن ماجه، كتاب الفرائض، باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك، حديث (2729) 2/ 911.

(6) حديث: **(لا يتوارث أهل ملتين)**: سنن الترمذي، كتاب الفرائض، باب لا يتوارث أهل ملتين، حديث (2108) 4/ 424؛ سنن أبي داود، كتاب الفرائض، باب هل يرث المسلم الكافر، حديث (2911) 3/ 125؛ سنن ابن ماجه، كتاب الفرائض، باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك، حديث (2731) 2/ 912.

بين الحجب والميراث إذاً ولما كان الميراث مبنياً على التساوي في الحرمة، والحرمة بين الكافر والمسلم والعبد والحر غير متساوية، امتنع الميراث ومن فيه بقية رق كالرق المحض عندنا[1]. وقال الشافعي: يرث ورثته نصيبه الحر، وقال بعضهم: ميراثه لبيت المال[2] لا لسيده والصحيح ما ذهب إليه الجمهور من أن أحكام الرق غالبة عليه في الشهادة والحدود وغير ذلك.

واختلف العلماء في القاتل هل يرث أم لا؟ فمنعه قوم مطلقاً في العمد، وفي الخطأ، وزعموا أن القاتل لا يرث المقتول بحال[3]، وقال قوم: إنه يرث مطلقاً. وفرّق مالك بين العمد والخطأ[4]، فزعم أن قاتل العمد لا يرث شيئاً وقاتل الخطأ يرث من المال دون الدية، وإنما فرق بينهما أن قاتل العمد يتهم في استعجال الميراث فمنع منه معاملة له بنقيض غرضه، وهؤلاء زعموا أن الحكم غير معلل بالقتل بنفس كونه قاتلاً عند المحققين من الأصوليين، فالمستولدة تقتل سيدها فتعتق اتفاقاً، ويلزم على مقتضى التعليل أن لا تعتق معاملة لها بنقيض مقصودها، وينتقض أيضاً بالمستحق للدين يقتل من له عليه دين قبل الأجل فعجل دينه فيلزم أيضاً أن لا ينجز معاملة له بنقيض قصده، فلو كانت هذه العلة سديدة على مقتضى التعليل أن لا يعتقا لجاز طرد القول بموجبها في المستولدة، وفيمن عليه الدين، وقال: قدم قوم الحرمان نوع عقوبة ولا عقوبة على الخاطئ، والقائلون بالفرق ينقسم الخطأ عندهم إلى مباشرة وسبب. فالشافعي عمم الحرمان[5] وأبو حنيفة خصص بالمباشرة[6]، وقال: من حفر بئراً عداوة فتردى فيه قريب لم يحرم ميراثه، إذ ليس قاتل حقيقة ثم القتل منه ما يصدر من مكلف، ومنه ما يصدر من غير مكلف كالصبي والمجنون، والشافعي عمّم الحرمان بقتل الصبي والمجنونة، وأبو

(1) المعونة 3/ 1651.
(2) المهذب 2/ 1651.
(3) وبه قال الحنفية والشافعية. ينظر: مختصر الطحاوي ص142؛ الأم 4/ 72.
(4) المعونة 3/ 1652 ـ 1653.
(5) الأم 4/ 72.
(6) مختصر الطحاوي ص142.

حنيفة قال: لا عقوبة على الصبي والمجنون إذ هما غير مكلفين، وهذه مسائل قد اختلف فيها فقهاء تعلقاً منه بالمعنى المستنبط من النص المعلل به كما تقرر في أصول الفقه.

قوله: «ولا يرث الجنين إلا بعد وضعه والعلم بحياته» وهذا كما ذكره[1]، إذ لا ميراث بالشك والصراخ والاستهلال والإرضاع، وطول المكث أمارة على الحياة. واختلف في التثاؤب والعطاس والمرتد مراعى بأحد أحكامه، فإن تاب فله أحكام الإسلام، وإن مات على ردّته فماله للمسلمين، ولا توراث بين الغرقى والهدمى، إذ لا ميراث بالشك، وميراث ولد الملاعنة لأمه ولإخوته لأمه، وما بقي فلموالي أمه إن كانت معتقة، وإن كانت عربية فللمسلمين، وقال ابن مسعود: هي عصبة فما بقي بعدها وبعد إخوته فلها، وإن لم تكن هي فعصبتها عصبته، وولد الزنى لاحق بأمه، والحكم فيه كالحكم في ولد الملاعنة)[2].

قوله: «ويتوارث توأمها بانهما (إخوة)[3] لأم وتوأما الملاعنة شقيقان» (أما توأما الزنا فإخوة لأم)[4] لا غير[5]، إذ النطفة نطفة شيطان، فليس للزاني فيها شيء حكماً، وإن كان له ذلك حساً، وأما (توأما الملاعنة[6] فهم إخوان لأب وأم لأن لعان أبيهم سقط نسبه منهم دون توارثهم بينهم، هكذا علّله القاضي أبو محمد[7] وغيره[8] من شيوخ المذهب وفيه نظر، لأن اللعان إذا قطع نسبهم من أبيهم، فليسا منسوبين إلى أب (فكيف يتوارثان بأنهما إخوان لأب)[9] فحينئذ لا معنى للعان قوله: **«ولا يقبل دعوى الأعاجم في السبي**

---

(1) التفريع 2/ 336.
(2) ساقطة في نسخة: «خق».
(3) في نسخة: «خق»: (أخوان).
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) التفريع 2/ 37؛ المعونة 3/ 1655.
(6) في نسخة: «خق»: (أتوام ولد الملاعنة).
(7) المعونة 3/ 1655.
(8) كابن الجلاب. ينظر: التفريع 2/ 337.
(9) ساقطة في نسخة: «خق».

لأنسابهم إلا ببينة»، وهذا كما ذكره، فلو قال القائل منهم: هذا أخي وهذا أبي، أو هذه ابنتي، فلا يقبل قوله في ذلك لأنه يتهم أن يريد بذلك قطع ميراثه من بيت المال، وكل بلدة افتتحت عنوة ثم سكنها المسلمون، وأسلم أهلها فإنهم يتوارثون بأنسابهم التي كانت في الجاهلية كما كانت العرب حين أسلمت، وأما كل قوم تحملوا فإن كانوا عدداً يسيراً، فإنهم لا يتوارثون إلا ببيّنة عادلة من أسارى المسلمين الذين عندهم.

وأجاز مالك شهادة من دخل عندهم من التجار، وقيل: إذا شهد لهم العشرون رجلاً توارثوا، وإن لم تكن العشرون فما قرب من ذلك، وقال سحنون: لا يتوارثون إلا ببيّنة عادلة ولو كانوا مائة. قال مالك: ولو طالت المدة وهم متناسبون على ذلك، ولا أحد ممن قدم ينكر ذلك عليهم من أهل موضعهم، فإن ذلك يصير (حوزاً)(1) يتوارثون به وإن لم يكن شهادة، وإذا مات رجل وترك ولدين مسلماً ونصرانياً، فادعى كل واحد أنه مات على دينه ولا بيّنة على ذلك تحالفا، واقتسما ماله. واختلف إذا لم يعلم أصله هل يرجح بصلاة المسلمين عليه، فلم يرَ ذلك ابن القاسم. وقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ: إذا كان ذلك بحضرة النصارى فهو قطع لدعواهم إلا أن يكون لهم عذر في السكوت، ولو أقاما بيّنة فتكافتا قسم المال بينهما، وقيل: المال للمسلم إذا كان غير معروف في النصرانية.

قوله: «وما فضل عن ذوي السماح للعصبة، فإن لم يكونوا فللموالي، فإن لم يكونوا فلبيت المال ولا يرد على ذوي السهام»: وهذه المسألة مشهورة بالخلاف بين سلف الصحابة والتابعين، فعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وغيرهما يقولان بالرد، قال: والجمهور بعدم الرد، وعليه معتمد مالك وأصحابه(2) [75/ظ] واتفق القائلون بالرد على أنه لا يرد على زوج ولا

---

(1) في نسخة: «خق»: (خبراً).

(2) قال الدردير: وإن لم يكن عدلاً فيأخذ جميع المال أو ما أبقت الفروض ولا يرد لذوي السهام عند عدم العاصب، بل يدفع الباقي لبيت المال أي إذا كان منتظماً هذا هو المشهور، ولكن الذي اعتمده المتأخرون الرد على ذوي السهام. ينظر: الشرح الصغير 5/ 195؛ أسهل المدارك 3/ 330.

زوجة[1]، وقال ﷺ: **(الحقوا الفرائض بأصلها فما بقي فلأولى وارث ذكر)**[2].

قوله: «ولا ميراث لذوي الأرحام»: وهذا مذهب مالك[3] وقال أبو حنيفة: بتوريث ذوي الأرحام[4] اعتماداً على ظاهر الآية: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ وقد أخبر ﷺ: **(أن رجلاً مات على عهده وترك عمة وخالة، فدعى لجنازته، ثم قال: لا أجد لكما في كتاب الله شيئاً)**[5] يعني: العمة والخالة. وفي لفظ آخر: أن جبريل أخبره أنه لا شيء لهما[6] واعتمد مالك في منع ذوي الأرحام على عمل أهل المدينة، إنه لنعم الدليل.

قوله: «ويعتبر في الخنثى بالمبال، وفي المشكل نصف الميراثين» وقضى بذلك الصحابة. قال أهل المذهب: يرث الخنثى بمباله[7] وتكون أحكامه في شهادته ونكاحه ودينه وغير ذلك تابعة للمبال فإن أشكل فله نصف ميراث الذكر، ونصف ميراث الأنثى وفيه خلاف. والخنثى المشكل لا يَنكح ولا يُنكح، ولا يكون أباً ولا أماً، وقد قيل: إنه وجد من ولد له من صلبه ومن بطنه فإن صح ورث من ابنه من صلبه ميراث الأب كاملاً، والمشكل: هو الذي تجتمع فيه صفات الذكر والأنثى كاللحية والثديين والمبال من كلا السبيلين، فإن بال من أحدهما أكثر كان الحكم له، وقد قيل: إنه يعتبر بعدد الأضلاع. وحكى أبو محمد عبد الحق وغيره من مشايخ القرويين في المشكل: إذا زنى بذكره لم يحد، وإن زنى بفرجه حدّ، والظاهر أنه يحدّ اعتباراً بما ذكرناه من أنه يرث بالوجهين.

---

(1) مصنف عبد الرزاق 10/ 287؛ مصنف ابن أبي شيبة 10/ 274.

(2) حديث: **(ألحقوا الفرائض بأهلها)**: المستدرك على الصحيحين، حديث (7977)؛ صحيح ابن حبان، كتاب الفرائض، حديث (028) 13/ 387؛ سنن الدارمي، حديث (2987) 2/ 464.

(3) الموطأ 2/ 518؛ التفريع 2/ 342؛ الكافي ص561.

(4) مختصر الطحاوي ص151؛ وبه قال الشافعي. ينظر: الأم 4/ 80.

(5) حديث: **(لا أجد لكما في كتاب الله شيئاً)**: سنن البيهقي الكبرى، باب من لا يرث من ذوي الأرحام، حديث (11983) 6/ 212.

(6) حديث: **(أن جبريل أخبره أنه لا شيء لهما)**: سنن البيهقي الكبرى 6/ 213.

(7) المعونة 3/ 1657.

قوله: **«وإذا اجتمع في الشخص سببان يرث بهما ويرث بأقواهما»** وهذا تنبيه على مذهب أبي حنيفة القائل بأنه يرث بالسببين جميعاً[1]، ومذهب مالك أنه يرث بالسبب الأقوى إلا ابن العم يكون أخاً لأم، فإنه يرث بالسببين عندنا الإخوة للأم والعصبة، وكذلك الزوج يكون ابن عم، وكذلك البنت والزوج يكونان موالي[2] كما فسّره القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وأما الأخت للأب والأم، فقد اجتمع فيها سببان لأن كونها أختاً لأب يوجب لها النصف، وكونها لأم يوجب لها السدس، فإذا اجتمعت القرابتان لم ترث عندنا بالجميع، وورثت بالسبب الأقوى[3]، وقال أبو حنيفة: ترث بالسببين.

فصل

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **«والوارثون عشرة أصناف» (من الرجال ومن النساء سبعة)**[4] وهذا كما ذكره، أما العشرة فولد الصلب ذكورهم وإناثهم، وولد الابن ذكورهم وإناثهم وإن نزلوا، والآباء وإن علوا والأخ وابن الأخ وإن سفل، والعم وابن العم وإن سفل، والزوج، ومولى النعمة (ومن النساء سبع: الأم والجدة والبنت وابنة الابن وإن سفلت، والأخت كما كانت، والزوجة، ومولاة النعمة)[5] والميراث تعصيب وفرض والفروض ستة كما ذكره القاضي: النصف، ونصفه، وهو الربع، ونصفه وهو الثمن، والثلث ونصفه، وهو السدس.

فالنصف لخمسة: لابنة الصلب مع عدم الولد (وولد الولد لقوله ﷻ: ﴿وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ﴾ [النساء: 11] ولابنة الابن لأنها كابنة الصلب، وللأخت الشقيقة أو للأب لقوله تعالى: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ إلى قوله: ﴿فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النساء: 176]

---

(1) مختصر القدوري 4/ 198.
(2) المعونة 3/ 1658.
(3) المعونة 3/ 1658.
(4) ساقطة في نسخة: «خق».
(5) ساقطة في نسخة: «ش».

وهذا عام في الشقائق والتي للأب، وللزوج مع عدم الولد لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: 12] والربع فرض صنفين: الزوج مع وجود الولد أو ولد الابن، والزوجة أو الزوجات مع عدمهم لأنه مقتضى النص.

والثمن: فرض واحد وهي الزوجة أو الزوجات مع الولد أو ولد (الابن) بمقتضى النص.

والثلثان: فرض أربع الاثنتان فصاعداً من بنات الصلب لقوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: 11] ومعناه فإن كن اثنين فما فوقهن فلهن الثلثان وهو إجماع الجمهور[1] والاثنتان من بنات الابن، والاثنتان من الأخوات الشقائق لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ وللاثنتان من الأخوات للأب، وهذا مذهب الجمهور أيضاً.

والثلث: فرض صنفين: الأم مع عدم الولد، والإخوة والاثنان فصاعداً من الإخوة أو الأخوات للأم لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانُوٓاْ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: 12].

وتحصيل الحجب بالأخوين الاثنين عندنا خلاف لابن عباس في قوله: إن الحجب لا يكون إلا بثلاثة بناء على أنه أقل الجمع، ومذهب عبد الملك بن الماجشون وغيره من أصحابنا أن أقل الجمع اثنان، ولا يقتضيه لسان العرب، لأنهم فرّقوا بين المفرد والتثنية والجمع.

والسدس: فرض سبعة على واحد من الأبوين مع وجود الولد أو ولد الابن وأحد فروض الجد وفرض الجدة والجدات إذا اجتمعت، وفرض بنات الابن مع بنت الصلب، وفرض الأخوات للأب مع الأخت للأب والأم، وفرض كل واحد من ولد الأمر ذكراً كان أو أنثى، لأنه مقتضى النص.

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «**وكل واحد من الرجال إذا انفرد بالمال أحرزه إلا**

---

(1) المعونة 3/ 1665؛ الإجماع لابن المنذر ص79؛ المحلى 10/ 314 ـ 315؛ المغني 6/ 170؛ خلافاً لما ذهب إلى أن لهما النصف وهي رواية شاذة عن ابن عباس. ينظر: المغني 6/ 170.

الزوج والأخ للأم، وليس في الفساد من يجوز المال كله إلا الموالاة فقط»: ثم ذكر الحجب وقسّمه إلى حجب نقص وحجب إسقاط واستوفى ذلك كله على أتم وجه وأكمل بيان لا يحتاج إلى مزيد شرح، والقسم العملي من الفرائض مستقل بنفسه غير داخل في العمليات، وقد [76/و] أفرد الناس له تواليف، وفرائض هذا الكتاب من أحسنها وأكثرها استيفاء، وكذلك فرائض ابن الهندي[1] وغيرها، ومن أراد بسط القول في ذلك أخذه من الكتاب فلا حاجة إلى تكريره هنا والله يوفقنا ويستعملنا (عملاً)[2] يرضى به عنّا وهو حسبنا ونِعْم الوكيل.

---

(1) ابن الهندي أبو عمر أحمد بن سعيد بن إبراهيم الهمداني القرطبي، كان حافظاً للفقه حافظاً لأخبار أهل الأندلس بصيراً بعقد الوثائق، واخترع في علم الوثائق فنوناً وألفاظاً وفصول وعقد عجيبة توفي سنة (399هـ ـ 1008م). ينظر: الصلة 1/ 14 ـ 15؛ الديباج 1/ 172 ـ 173؛ شجرة النور 1/ 101.

(2) في نسخة: «خق»: (فيما).



كتاب الجامع[1]

الجامع: مما اخترعه مالك في تأليفه لتضمنه أنواعاً (مفترقة)[2] وأحكاماً متباينة لا يمكن نظمها في سلك واحد[3]، فجمع لها كتاباً سمّاه جامعاً، فطرق للعلماء مسلكاً لم يعهد قبله.

وأول ما يجب على العاقل البالغ باستكمال من البلوغ، والنظر الصحيح الموصل إلى معرفة الله تعالى، ومعرفة ما يجب له، وما يستحيل عليه ويجوز في أحكامه، وذلك بعد التلفظ بكلمتي الشهادة عن اعتقاد صحيح، ونية مطابقة.

ومن أوجب الواجبات النظر في الدلائل والبراهين الموصلة إلى معرفة

---

(1) هذا الأسلوب في تبويبة المسائل الذي يدرج تحت عنوان «الجامع» يختص بالتأليف في مذهب مالك، وذلك تأسياً بإمام دار الهجرة الذي ابتكر هذا المنهج في «الموطأ» قال القرافي: وهو لا يوجد في تصانيف غيره من المذهب، وهو من محاسن التصنيف، لأنه تقع فيه مسائل لا يناسبها وضعها في ربع من أرباع الفقه أعني العبادات والمعاملات والأقضية والجنايات فجمعها المالكية في أواخر تصنيفهم، وسموها بالجامع أي جامع الأشتات من المسائل التي لا تناسب كتاباً من الكتب... إلا أن القاضي عبد الوهاب رأى أنه كان من الأولى منهجياً البدء بكتاب الجامع بدل تأخيره. ينظر: المعونة 3/ 1691؛ مقدمة تحقيق كتاب الجامع لابن أبي زيد ص80؛ تحقيق محمد أبو الأجفان، عثمان بطيخ، مؤسسة الرسالة، ط 3، (1406هـ - 1985م)؛ مقدمة الذخيرة 1/ 9. والملفت لانتباه أن محقق كتاب التلقين د. محمد ثالث سعيد الغاني أسقط كتاب الجامع، ولا أدري ما مراده، وطبعة الأوقاف كاملة رغم خلوها من التحقيق.

(2) في نسخة: «خق»: (مختلفة).

(3) قال ابن جزي: كتاب الجامع وهو الضابط لما شذ عن الكتب المتقدمة... ينظر: القوانين الفقهية ص269.

الحق في كل المطلوب لمن فيه الأهلية لذلك، والتمكن منه، والقدرة عليه، وقد قال تعالى: ﴿وَمَا يَعْقِلُهَآ إِلَّا ٱلْعَٰلِمُونَ﴾ [العنكبوت: 43] ولهذا لم يكن للنفس (الناطقة)[1] شيء (تتحلى)[2] به وتكمل أزين من العلم بالله والفهم عن الله، ومطالعة حكم الله في آفاق العالم الأكبر والأصغر كما قال تعالى: ﴿سَنُرِيهِمْ ءَايَٰتِنَا فِى ٱلْءَافَاقِ وَفِىٓ أَنفُسِهِمْ﴾ الآية [فصلت: 53]، على ما فيها من تأويل مختلف بين العلماء شرحناه في موضعه، ومن عجز عن النظر، ولم يتأهل لذلك قلّد من غلب على علمه وفضله. قال الله تعالى: ﴿فَسْـَٔلُوٓا۟ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: 43].

قوله: «والدعاء والذكر (والاستغفار)[3] وقراءة القرآن من أفضل أعمال البر» وقد قال ﷺ: **(الماهر بالقرآن مع السفرة الكرام البررة والذي يقرأ القرآن ويتتعتع[4] فيه، هو عليه شاق فله أجران)[5].**

قوله: «والمساجد الثلاثة»: منصوص على فضلها وتشريفها، وفضل الصلاة فيها، والبركة في الحرمين مرغب فيها من النبيين الكريمين إبراهيم لمكة، ونبينا ﷺ للمدينة، والذي استقر من مذهب مالك وعلماء المدينة أن مدينة النبي ﷺ أفضل من مكة والصلاة في مسجدها أفضل عنده من الصلاة في المسجد الحرام[6]، وقال ﷺ: **(صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف**

---

(1) في نسخة: «خق»: (المطاعة).
(2) في نسخة: «خق»: (تنجي).
(3) ساقطة في نسخة: «خق».
(4) يتتعتع: أي يتردد في قراءته، وتبلد فيها لسانه. ينظر: لسان العرب 8/ 35.
(5) حديث: **(الماهر بالقرآن مع السفرة الكرام البررة...)**: صحيح البخاري، كتاب التوحيد، باب قول النبي ﷺ الماهر بالقرآن 6/ 2743؛ صحيح مسلم، كتاب فضائل القرآن، باب ما جاء في فضل قارئ القرآن، حديث (2904) 5/ 131؛ سنن أبي داود، كتاب الصلاة، باب في ثواب قراءة القرآن، حديث (1454) 4/ 70.
(6) المقدمات 3/ 479 ـ 480 وذكر عبد الملك بن حبيب عن مطرف، وأصبغ عن ابن وهب أنهما كانا يذهبان إلى تفضيل الصلاة في المسجد الحرام على الصلاة في مسجد النبي ﷺ. ينظر: التمهيد 6/ 34.

صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام)[1] زاد البغوي وغيره: **(فإن الصلاة في المسجد الحرام خير من مائة صلاة في مسجدي)**[2]. وفي صحة هذه الزيادة نظر، وهي حجة على مالك والشافعي والمكيين، وقد كره كثير من العلماء سكنى مكة، واختلف تعليل أهل العلم في ذلك، فقال بعضهم: لئلا يتمالؤوا على سكناها، وقال بعضهم: لأن السيئات تضاعف فيها كما تضاعف الحسنات. قال الله العظيم: ﴿وَمَن يُرِدْ فِيهِ بِإِلْحَادٍ بِظُلْمٍ نُّذِقْهُ مِنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [الحج: 25]، وقال ﷺ: **(اللهم حبّب إلينا المدينة كحبّنا مكة أو أشد، وصححها وبارك لنا في صاعها ومدّها وانقل حماها** فاجعلها بالجحفة وكانت الجحفة حينئذ سكنى اليهود، ومنزلاً للمشركين حتى يقال: إن ماءها وبي من شرب منه حم)[3] وقوله ﷺ: **(ما بين قبري ومنبري روضة من رياض الجنة)**[4]. ويحتمل أن يكون على ظاهره وأن ذلك الموضع بعينه يكون روضة

---

(1) حديث: **(صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام)**: صحيح البخاري، كتاب المساجد، باب فضل الصلاة في المسجد الحرام، حديث (1133) 1/ 398؛ صحيح مسلم، كتاب الحج، باب فضل الصلاة بمسجدي مكة والمدينة، حديث (1394) 2/ 1012؛ سنن الترمذي، كتاب المناقب، باب فضل المدينة، حديث (3916) 5/ 719؛ سنن النسائي، كتاب المساجد، باب فضل الصلاة في المسجد الحرام، حديث (2899) 5/ 214؛ سنن ابن ماجه، كتاب الصلاة، باب ما جاء في فضل الصلاة في المسجد الحرام، حديث (1404) 1/ 450.

(2) حديث: **(فإن الصلاة في المسجد الحرام خير من مائة صلاة في مسجدي)**: مصنف ابن أبي شيبة 2/ 148؛ سنن البيهقي الكبرى، حديث (10058) 5/ 246. قال ابن عبد البر: حديث سليمان بن عتيق هذا لا حجة فيه لأنه مختلف في إسناده وفي لفظه وقد خالفه فيه من هو أثبت منه. ينظر: التمهيد 6/ 20.

(3) حديث: **(اللهم حبب إلينا المدينة كحبنا لمكة)**: صحيح البخاري، كتاب فضائل المدينة، باب كراهة النبي ﷺ أن تعرى المدينة، حديث (1790) 2/ 667؛ صحيح مسلم، كتاب الحج، باب الترغيب في سكنى المدينة، حديث (1376) 1003؛ موطأ مالك، كتاب الجامع، باب ما جاء في وباء المدينة، حديث (1580) 2/ 890.

(4) حديث: **(ما بين قبري ومنبري روضة من رياض الجنة)**: صحيح البخاري، أبواب التهجد، باب فضل ما بين القبر والمنبر، حديث (1137) 1399؛ صحيح مسلم، كتاب الحج، باب ما بين القبر روضة من رياض الجنة، حديث (1390) 2/ 1010؛ سنن الترمذي، كتاب المناقب، باب في فضل المدينة، حديث (3915) 5/ 718؛ =

من رياض الجنة، ويحتمل أن يكون إشارة إلى أن منه تبعث الأنوار، وانتشر الهدى والإيمان.

وتنزيه القرآن عن الألحان صيانة له عن التشبيه بالشعار وغيرها من كلام المحدثين، وقال ﷺ: **(زيّنوا القرآن بأصواتكم)**[1]. وقال له أبو موسى[2]: لو أعلم أنك تستمع لحبرته لك تحبيراً[3][4] والمراد حسن الصوت وتزيينه لا إخراجه إلى حدّ الإطراب والتغني.

وقيل لصالح المري[5]: هذه القراءة فأين البكاء[6]، تنبيهاً من الله سبحانه له على أن المقصود من قراءته الخشوع عنده، والتدبير لآياته وتفهم معانيه[7]، وقرأ بعض الطلبة على شيخه ختمة من القرآن، ثم أراد إعادته عليه ختمه أخرى فقال له: يا بني أتتخذ القرآن عملاً اقرأه على ربك في دياجي ليلك.

وجعل القاضي قراءته على وجهين خشوع وحزن، وتعظيم على حسب الأحوال التي يقرأ فيها في (مكان)[8] الخلوات وتجويد الألفاظ وغير ذلك،

= سنن النسائي، كتاب الأذان، باب فضل مسجد النبي ﷺ والصلاة فيه، حديث (695) 2/ 35.

(1) حديث: **(زينوا القرآن بأصواتكم)**: سنن أبي داود، كتاب أبواب صلاة السفر، باب استحباب الترتيل في القراءة، حديث (1468) 2/ 74؛ سنن النسائي، كتاب الافتتاح، باب تزيين القرآن بالصوت، حديث (1015) 2/ 179؛ سنن ابن ماجه، كتاب الصلاة، باب في حسن الصوت بالقرآن، حديث (1342) 1/ 426.

(2) المقصود أبو موسى الأشعري وقد سبقت ترجمته.

(3) التحبير: التزيين والتحسين. ينظر: الغريب لابن سلام 1/ 86؛ الفائق 2/ 123؛ لسان العرب 4/ 157.

(4) تفسير القرطبي 1/ 11.

(5) أبو بشر بن بشير القاص، صالح المري، الزاهد الخاشع واعظ أهل البصرة، حدث عن الحسن ومحمد وغيرهما، وعنه عفان ومسلم بن إبراهيم وغبرهما، قال البخاري: منكر الحديث، وقال أبو داود: لا يكتب حديثه. ينظر: سير أعلام النبلاء 8/ 46.

(6) تفسير القرطبي 9/ 2.

(7) لقوله تعالى: ﴿لِيَدَّبَّرُوٓا۟ ءَايَـٰتِهِۦ﴾ [ص: 29] وقوله أيضاً: ﴿وَإِذَا سَمِعُوا۟ مَآ أُنزِلَ إِلَى ٱلرَّسُولِ تَرَىٰٓ أَعْيُنَهُمْ تَفِيضُ مِنَ ٱلدَّمْعِ﴾ [المائدة: 83].

(8) في نسخة: «خق»: (مظان).

وذلك مواهب الله سبحانه لأهل التوفيق جعلنا الله منهم بفضله.

ولا يسافر بالقرآن إلى أرض العدو خشية أن يناله العدو[1]، وقد أجازه علماؤنا في الجيش الكثير الذي الغالب عليه الأمان والعز (والنصر)[2].

قوله: «وتنزيه المساجد» عن المباحات من أعمال البر وأكبر القرب لأنها بيوت الله المضافة إليه تشريفاً وتعظيماً لعظمة من نسبت إليه.

قوله: «اللعب بالنرد محرم»[3] قال ﷺ: **(من لعب بالنرد فقد غمس يده في دم الخنزير)**[4] وكذلك اللعب بالشطرنج لأنه من باب اللهو، والمؤمن إنما خلق لمعرفة ربه، وطاعته، وقد حكى عن بعض السلف أنه أباح اللعب بها منهم عبد الله بن المغفل[5] وغيره[6]، وبه قال بعض الشافعية[7]، لأن فيه تنبيه على معرفة الحروب، وقد قال مالك: من لعب بها مرة فهو مدمن ولا تقبل

---

(1) ساقطة في نسخة: «خق».

(2) الموطأ 2/ 446؛ التفريع 2/ 356.

(3) التفريع 2/ 354؛ الرسالة ص286.

(4) حديث: **(من لعب بالنرد فقد غمس يده في دم الخنزير)**: سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب في النهي عن اللعب بالنرد، حديث (4939) 4/ 285؛ مصنف ابن أبي شيبة، حديث (26141) 5/ 286؛ سنن البيهقي الكبرى، باب كراهية اللعب بالنرد، 10/ 214.

(5) عبد الله بن المغفل بن عبد نهم بن عفيف المزني صحابي جليل من أهل بيعة الرضوان له عدة أحاديث، روى عنه الحسن البصري ومطرف بن الشخير، توفي سنة (60هـ - 680م). ينظر: سير أعلام النبلاء 2/ 484.

(6) يقصد الشعبي وعكرمة وسعيد بن المسيب، قال الباجي: وما روى عن عبد الله بن مغفل والشعبي وعكرمة أنهم كانوا يلعبون بالنرد، وأن الشعبي كان يلعب بالشطرنج غير ثابت، ولو ثبت لحمل على أنهم لم يعلموا النهي، وأغفلوا النظر، وأخطأوا فيه، وروى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب إجازة اللعب بالنرد، وذلك كله ثابت عمن تقدم ذكره، وإنما هي أخبار يتعلق بها أهل البطالة حرصاً على تخفيف ما هم عليه من الباطل. ينظر: المنتقى 9/ 418 - 419.

ويحتمل أن يكون هؤلاء قد عبدوه على غير قمار. ينظر: النهاية في غريب الحديث 4/ 149.

(7) روضة الطالبين 11/ 226.

شهادة من أدمن عليها[1].

قوله: «وسماع الملاهي والمغاني حرام» قال الله تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ ٱلْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [لقمان: 6] قيل: إنه إشارة إلى الغناء، وقيل غير ذلك[2]، والغناء بغير آلة أخف منه بالآلة وللفقهاء في سماعه اختلاف[3]، فمنهم من حرمه، ومنهم من كرهه، ومنهم من أباحه وأن قسماً منه حرام، وسئل الغزالي عنه...[4].

---

(1) المنتقى 9/ 418؛ البديع شرح التفريع 2/ 118/ ظ.

(2) تفسير القرطبي 14/ 51؛ فتح القدير 4/ 234.

(3) الإنصاف 12/ 51؛ تحفة الملوك ص284؛ حاشية الدسوقي 2/ 338.

(4) هاهنا انتهى ما وجد من المخطوط، وتنقصه نحو الورقة، قال محمد الفاسي رحمه الله: تنقصه في الأخير نحو الورقة، أصلح قديماً ولكنه إصلاح يعتبر إفساداً فإن كثيراً من السطور ضاعت بسبب هذا الإصلاح المزعوم. ينظر: فهرس مخطوطات خزانة القرويين 1/ 343، دار الكتاب الدار البيضاء، ط1، سنة (1399هـ ـ 1979م).

الفهارس

* فهرس الآيات القرآنية.
* فهرس الأحاديث النبوية.
* فهرس الأعلام.
* فهرس الأشعار والأرجاز.
* فهرس المصادر والمراجع المعتمدة في الدراسة والتحقيق.
* فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات القرآنية(1)

(1) مرتبة حسب ترتيب المصحف الكريم.

سورة الأنعام



فهرس الأحاديث النبوية[1]

(1) مرتبة ترتيباً ألفبائياً.

طرف الحديث	الصفحة
أعتقها وولدها	1348
أعتم ليلة بصلاة العتمة	212
أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة	1182
أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه	1029
أغنوهم عن سؤال هذا اليوم	486
أفطر الحاجم والمحجوم	523
أقركم ما أقركم	1062
أقصرت الصلاة أم نسيت يا رسول الله	353
أقول لك قولاً فلا تعجلي فيه حتى تستأذن أبويك	841
أقيموا الحدود على أرقائكم	1248
أكبر الكبائر أن يجعل لله نداً وهو خلقك	878
أكرموا الشهود فإن الله يستخرج بهم الحق ويدفع بهم الباطل	1374
أكل كل ذي ناب من السباع حرام	716
أكلَّ ولدك نحلته	1416
أكنت تقضين شيئاً؟ قالت: لا، فلا يضرك إن كان تطوعاً	528
ألَا اشهدوا أن دمها هدر	1311
ألحقوا الفرائض بأهلها	1438
ألست الذي تقبل وأنت صائم	533
ألهذا حج	555
إما أن تزيد في السعر وإما أن ترفع من سوقنا	995
إما أن يدوا صاحبكم وإما أن يؤذن بحرب	1236
الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن	362
إمامته ﷺ للناس جالساً وهو مريض	364
أمر ﷺ بالوضوء من مس الذكر	218
أمر رسول الله ﷺ برضخ رأسه	1211
أمرت أن أسجد على سبعة آراب	331
أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله	367
أمرت بالنحر وهو لكم سنة	674
أمرنا رسول الله ﷺ أن نخرج العواتق والحيض	414

طرف الحديث	الصفحة

طرف الحديث	الصفحة
أن النبي ﷺ دفع له دينار وقال له اشتر لنا شاة	905
إن النبي ﷺ قد آل من نسائه	845
إن النبي ﷺ قطع يد رجل سرق ترساً	1315
إن النبي ﷺ كبّر فيها	355
إن النبي ﷺ كشف فخذه	352
إن النبي ﷺ نهى عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها	1070
إن هذا شيء كتبه الله على بنات آدم	275
إن هذا اليوم جعله الله عيداً فاغتسلوا	415
إنا لا نستعمل على عملنا هذا من أراده وحرص عليه	1352
أنت أحق به ما لم تنكحي	880
أنت ومالك لِأبيك	1283
أنقضي واغسلي	231
إنك أن تذر ورثتك أغنياء	1422
إننا معاشر الأنبياء إنما نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر	1365
إنه رفعهما حتى حاد بهما أذنيه	340
أنه رأى الماء على مرفقي رسول الله ﷺ	177
إنه صلى به الظهر في اليوم الأول حين زالت الشمس	299
أنه صلى العصر في اليوم الثاني حين صار ظل كل شيء مثليه	302
أنه صلاها بالنبي ﷺ في اليوم الثاني	305
أنه ﷺ أمضى لصاحب الرقبة ما أخذ على رقبته	1044
أنه ﷺ حرق نخل بني النضير	596
أنه ﷺ سئل عن أولاد المشركين فقال هم من آبائهم	1203
أنه ﷺ سمع الأذان ليلة الإسراء	316
أنه ﷺ كان يسكت بين التكبيرة والقراءة سكتة	346
أنه ضحى بكبش أقرن	677
أنه عليه السلام عذر الخثعمية حين سكن إليه أن أباها شيخ كبير	559
أنه عليه السلام كان يسكت بين التكبيرة والقراءة سكتة	346
أنه ﷺ كان يصلي في الهاجرة	297
أنه ﷺ كان يقرأ بقاف	416

طرف الحديث	الصفحة

طرف الحديث	الصفحة
ولا تقربي حائلاً ولا رجيعاً	253
ولك الحمدُ	349
وما كان من خليطين	469
ولا قطع في تمر معلق إلا إذا آواه الجرين	1319
والله لأغزون قريشاً قالها ثلاث مرات	646
والله ما أراكم منتهين حتى يعذبكم الله	577
الولاء لحمة كلحمة النسب	1304
الولاء لمن أعتق	1335
ويسعى بذمتهم أدناهم	633
ووقت العصر ما لم تصفر الشمس	302
ووقت الظهر ما لم يحضر وقت العصر	301
ومن أتلف مالاً لغيره	639
ومن حلف باللات والعزى	639

(ي)

يا أهل قباء ما هذا الثناء الذي أثنى الله عليكم	252
يا أهل المدينة أين علماؤكم سمعت رسول الله ﷺ يقول إن هذا يوم عاشوراء وإني صائم فمن شاء فليصم	510
يا رسول الله وأجري؟ قال وأجرك	615
يا عاصم أرأيت رجلاً وجد مع امرأته	854
يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله	362
يأمر النساء أن ينقضن رؤوسهن	230
يا أنس كتاب الله القصاص	1205
يجير على المسلمين أدناهم	631
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب	775
يحل عرضه وعقوبته	1126
يستأنى بالجراحات سنة	1223
يقسم خمسون منكم على رجل منهم	1249
يغسل الإناء من ولوغ الكلب سبعاً	240
يملك إربه	533

طرف الحديث	الصفحة

(لا)

فهرس الأعلام

(ن)

فهرس الأشعار والأرجاز

فهرس المصادر والمراجع
المعتمدة في الدراسة والتحقيق

(أ)

1 ـ **الإبهاج في شرح المنهاج**: لعلي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. أولى، سنة 1404هـ ـ 1985م.

2 ـ **إتحاف أهل الزمان بأخبار ملوك تونس وعهد الأمان**: لابن أبي الضياف، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، سنة 1964م.

3 ـ **إجازات السماع في المخطوطات القديمة**: لصلاح الدين المنجد، مجلة معهد المخطوطات العربية، المجلد الأول، الجزء الثاني، سنة 1375هـ ـ 1955م.

4 ـ **الإجماع**: لابن المنذر، تعليق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الصفا، القاهرة، سنة 1420هـ ـ 1999م.

5 ـ **إحكام الفصول في أحكام الأصول**: للباجي، تحقيق عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، ط. أولى، سنة 1407هـ ـ 1986م.

6 ـ **الإحكام في أصول الأحكام**: للآمدي، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1403هـ ـ 1983م.

7 ـ **الأحكام**: لابن حزم، دار الحديث، القاهرة، ط. أولى، سنة 1404هـ ـ 1984م.

8 ـ **أحكام القرآن**: للجصاص، أحمد بن علي الرازي أبو بكر الجصاص، تحقيق محمد الصادق قمحوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة 1405هـ ـ 1985م.

9 ـ **أحكام القرآن**: للشافعي، تحقيق عبد الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1400هـ.

10 ـ **الأدلة البينة النورانية عن مفاخر الحفصية**: لابن الشماع، تحقيق عثمان الكعاك تونس، (د ت).

11 ـ **إرشاد الفحول**: للشوكاني، تحقيق محمد سعيد البدري أبو مصعب، دار الفكر، بيروت. ط. أولى، سنة 1412هـ ـ 1992م.

12 ـ **إرواء الغليل**: للألباني، المكتب الإسلامي، ط. أولى، سنة 1399هـ - 1979م.
13 ـ **أزهار البستان**: لابن عجيبة، مخطوط الخزانة العامة رقم (417).
14 ـ **أزهار الرياض في أخبار عياض**: القاهرة سنة 1358هـ .. 1939م.
15 ـ **أسباب النزول**: لأبي الحسن النيسابوري، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط. أولى سنة 1402هـ ـ 1982م.
16 ـ **أسد الغابة في معرفة الصحابة**: لابن الأثير، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (د ت).
17 ـ **الإسعاد في شرح الإرشاد**: لابن بزيزة، مخطوط الخزانة العامة، بالرباط، رقم (154).
18 ـ **إسعاف المبطأ برجال الموطأ**: للسيوطي، تقديم فاروق سعد، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت ـ لبنان، ط. أولى سنة 1405هـ ـ 1985م.
19 ـ **أسماء من يعرف بكنيته**: لمحمد بن الحسين أبو الفتح الأزدي الموصلي، تحقيق: أبو عبد الرحمن إقبال، الدار السلفية، الهند، ط. أولى سنة 1410هـ ـ 1989م.
20 ـ **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك**: للكشناوني، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ط. أولى، (د ت).
21 ـ **الأشباه والنظائر**: لجلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. أولى، سنة 1403هـ ـ 1983م، تحقيق عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت، ط. أولى سنة 1421هـ ـ 2001.
22 ـ **الإشراف على مذاهب أهل العلم**: لابن المنذر، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان.
23 ـ **الإشراف على مسائل الخلاف**: للقاضي عبد الوهاب، مطبعة الإرادة، (د ت).
24 ـ **الإصابة في تمييز الصحابة**: لأبي حجر، مطبعة السعادة، مصر، ط. أولى، سنة 1328هـ ـ 1910م.
25 ـ **أصول الشاشي**: دار الكتاب العربي بيروت، سنة 1402هـ ـ 1982م.
26 ـ **أصول السرخسي**: تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، دار المعرفة، بيروت، سنة 1372هـ ـ 1953م.
27 ـ **إعانة الطالبين**: للبكري بن السيد محمد الدمياطي، دار الفكر، بيروت، (د ت).
28 ـ **إعلام الموقعين**: لابن القيم الجوزية، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، سنة 1973م.

29 ـ **الأغاني**: لأبي الفرج الأصفهاني علي بن الحسين، تحقيق وإشراف لجنة من الأدباء، الدار التونسية، دار الثقافة، بيروت، ط. سادسة، سنة 1983م.
30 ـ **ألفية ابن مالك**: بشرح ابن عقيل، عناية محمد سعيد الرافعي الكتبي، (د ت).
31 ـ **الإقناع**: للشربيني محمد الشربيني الخطيب، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، سنة 15ط 1هـ ـ 1995م.
32 ـ **الإقناع**: للماوردي، تحقيق حصر محمد، دار العروبة، ط. أولى، سنة 1402هـ ـ 1982م.
33 ـ **الإكليل في استنباط التنزيل**: للسيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، (د ت).
34 ـ **الإكمال**: لابن ماكولا علي بن هبة الله بن أبي نصر، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، سنة 1411هـ ـ 1991م.
35 ـ **أليس الصبح بقريب**: لابن عاشور، تونس، سنة 1967م.
36 ـ **الأم**: للشافعي، دار المعرفة، بيروت، ط. ثانية، سنة 1393هـ ـ 1973م.
37 ـ **الإمام المازري**: تأليف حسن حسني، دار الكتب الشرقية، تونس، (د ت).
38 ـ **إملاء ما من به الرحمن من وجوه الإعراب والقراءات**: للعكبري، مطبعة التقدم العلمية، مصر (د ت).
39 ـ **الأنساب**: للسمعاني، تحقيق عبد الرحمن المعلمي وآخرون، نشر أمين دمج، بيروت، ليدن، سنة 1912م.
40 ـ **أنيس الفقهاء**: للقاسم القونوي، تحقيق أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، دار الوفاء، جدة، 1406هـ ـ 1986م.
41 ـ **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد**: للمرداوي، دار إحياء التراث العربي، ط. ثانية سنة 1406هـ ـ 1986م.
42 ـ **الإنصاف في مسائل الخلاف بين النحويين البصريين والكوفيين**: للأنباري عبد الرحمن بن محمد، دار الفكر (د ت) (د ط).
43 ـ **الأوسط**: لابن المنذر، تحقيق صغير أحمد محمد حنيف، دار طيبة، الرياض، ط. أولى سنة 1405هـ ـ 1985م.
44 ـ **إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون على أسامي الكتب والفنون في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين**: تأليف إسماعيل باشا البغدادي، المكتبة الإسلامية، طهران، ط. ثالثة، سنة 1367هـ ـ 1957م.

(ب)

45 ـ **بداية المبتدئ**: للمرغيناني، تحقيق حامد إبراهيم كرسون، محمد عبد الوهاب بحيري، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، سنة 1357هـ ـ 1983م.

46 ـ **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**: لابن رشد الحفيد، دار الجيل، بيروت ـ لبنان، ط. أولى سنة 1409هـ ـ 1989م.

47 ـ **البداية والنهاية**: لابن كثير، مطبعة المعارف، بيروت، سنة 1966م.

48 ـ **بدائع الصنائع**: للكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط. ثانية 1982م.

49 ـ **البحر الرائق**: للزين بن إبراهيم، دار المعرفة، بيروت (د ت).

50 ـ **البحر المحيط**: للزركشي، تحقيق مجموعة من الباحثين، دار الصفوة، ط. ثانية، سنة 1413هـ ـ 1992م.

51 ـ **البرنامج**: للوادي آشي، تحقيق محمد محفوظ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط. أولى سنة 1400هـ ـ 1980م.

52 ـ **البرهان في أصول الفقه**: للجويني، تحقيق عبد العظيم محمود الديب، دار الوفاء، للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ط. رابعة سنة 1418هـ ـ 1979م.

53 ـ **بغية الملتمس بتاريخ رجال أهل الأندلس**: للضبي، طبع بمدينة مجريط، بمطبعة روخس، سنة 1884.

54 ـ **بغية الوعاة**: للسيوطي، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، دار الفكر، ط. ثانية، سنة 1399هـ ـ 1979م.

55 ـ **بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب مالك**: للصاوي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه (د ت).

56 ـ **بلوغ المرام بشرح سبل السلام**: لابن حجر العسقلاني، قدم له وخرج أحاديثه محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، ط. أولى سنة 1408هـ ـ 1988م.

57 ـ **البهجة في شرح التحفة**: للتسولي، دار الرشاد الحدثية، دار الفكر (د ت).

58 ـ **البيان في إعراب القرآن**: للعكبري أبي البقاء عبد الله بن الحسين، تحقيق علي محمد البحاوي (د ت).

59 ـ **البيان والتحصيل**: لابن رشد، تحقيق محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط. ثانية، سنة 1408هـ ـ 1988م.

60 ـ **البيان والتعريف**: لإبراهيم بن محمد الحسيني، تحقيق سيف الدين الكاتب، دار الكتاب العربي، بيروت سنة 1401هـ ـ 1981م.

(ت)

61 ـ **التاج والإكليل**: للمواق، دار الفكر، بيروت، ط. ثنية سنة 1398هـ ـ 1978م.

62 ـ **تاريخ إفريقية في العهد الحفصي**: لروبار برنشفيك، تعريب حمادي الساحل، دار الغرب الإسلامي، بيروت ـ لبنان، طبعة أولى، سنة 1988م.

63 ـ **تاريخ بغداد**: لأبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت ـ لبنان (د ت).

64 ـ **تاريخ الخلفاء**: للسيوطي، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد (د ت).

65 ـ **تاريخ دمشق**: لابن عساكر، مكتبة الدار، بالمدينة المنورة، سنة 1407هـ ـ 1967م.

66 ـ **تاريخ الدولتين**: للزركشي، تحقيق محمد ناضور، المكتبة العتيقة، نهج جامع الزيتونة، تونس (د ت).

67 ـ **تاريخ الطبري**: دار الكتب العلمية بيروت سنة 1407هـ ـ 1987م.

68 ـ **تاريخ قضاة الأندلس**: وبي الحسن بن عبد الله بن الحسن النباهي، المكتبة التجارية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ـ لبنان، (د ت).

69 ـ **التاريخ الكبير**: للبخاري، تحقيق السيد هاشم الندوي، دار الفكر، (ذ ت).

70 ـ **تاريخ معالم التوحيد في القديم والجديد**: لابن الخوجة، تونس، سنة 1458هـ ـ 1939م.

71 ـ **تاريخ المغرب وحضارته**: تأليف حسين مؤنس، العصر الحديث للنشر والتوزيع، ط. أولى، سنة 1412هـ ـ 1992م.

72 ـ **تأويل مختلف الحديث**: لابن قتيبة، تحقيق محمد محيي الدين الأصغر، المكتب الإسلامي، دار الإشراق، ط. أولى سنة 1409هـ.

73 ـ **التبصرة للخمي**: مخطوط خزانة القرويين، رقم الميكروفيلم (242)، وخزانة جامع الكبير بمكناس، رقم (191).

74 ـ **التبصرة**: للشيرازي، تحقيق محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، سنة 1404هـ ـ 1983م.

75 ـ **التبصرة والتذكرة**: بشرح العراقي، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ت).

76 ـ **تجديد أسماء الصحابة**: لأبي عبد الله بن أحمد الذهبي، دار المعرفة، للطباعة والنشر، بيروت ـ لبنان، (د ت).

77 ـ **التحرير والتنوير**: للطاهر بن عاشور، الدار التونسية، للنشر، تونس، (د ت).
78 ـ **تحصيل ثلج اليقين في حل معقدات التلقين**: لأبي الفضل السجلماسي، نسخة بخط الفقيه محمد بوخبزة نقلها من نسخة خق.
79 ـ **تحفة الأحوذي**: تأليف محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، دار الكتب العلمية، بيروت (د ت).
80 ـ **تحفة الفقهاء**: للسمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. أولى، سنة 1405هـ ـ 1984م.
81 ـ **تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج**: لعمر الوادياشي الأندلسي، تحقيق عبد الله بن سعاف اللحياني، مكة المكرمة، 1406هـ.
82 ـ **تحفة الملوك**: للرازي، تحقيق د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، بيروت ـ لبنان، ط. أولى سنة 1417هـ ـ 1996م.
83 ـ **التحقيق في أحاديث الخلاف**: لعبد الرحمن بن الجوزي، تحقيق مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1415هـ ـ 1995م.
84 ـ **تحقيق المراد**: للعلائي، تحقيق إبراهيم محمد السلفيتي، دار الكتب الثقافية، الكويت (د ت).
85 ـ **تخريج الأحاديث النبوية في مدونة الإمام مالك**: تأليف الطاهر محمد الدرديري، جامعة أم القرى، (د ت).
86 ـ **تخريج الفروع على الأصول**:
87 ـ **تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي**: للسيوطي، تحقيق وتعليق د. أحمد عمر هاشم، دار الكتاب العربي، بيروت ـ لبنان، سنة 1409هـ ـ 1989م.
88 ـ **تذكرة الحفاظ**: للذهبي، تصميم عبد الرحمن بن يحيى المعلمي، حيد آبار، الهند، سنة 1274هـ ـ 1978م.
89 ـ **تراجم المؤلفين التونسيين**: تأليف محمد محفوظ، دار الغرب الإسلامي، بيروت ـ لبنان، ط. أولى، سنة 1982م.
90 ـ **ترتيب المدارك**: للقاضي عياض، تحقيق مجموعة من الباحثين، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، سنة 1403هـ ـ 1983م.
91 ـ **التعاريف**: تأليف محمد عبد الرؤوف المناوي، تحقيق محمد ررضوان الداية، دار الفكر المعاصر، دار الفكر، بيروت، دمشق ط. أولى، سنة 1412هـ ـ 1992م.

92 ـ **تعجيل المنفعة**: لابن حجر العسقلاني، تحقيق إكرام الله إمداد الحق، دار الكتاب العربي، بيروت، ط. أولى (د ت).

93 ـ **التعريفات**: للشريف علي بن محمد الجرجاني، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، ط. ثالثة، سنة 1408هـ ـ 1988م.

94 ـ **التفريع**: لابن الجلاب، تحقيق د. حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، ط. أولى، سنة 1408هـ ـ 1987م.

95 ـ **تفسير ابن كثير**: إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء، دار الفكر، بيروت، 1401هـ ـ 1981م.

96 ـ **تقريب التهذيب**: لابتن حجر العسقلاني، تحقيق محمد عوامة، دار الرشد، ط. ثانية، حلب، سنة 1408هـ ـ 1988م.

97 ـ **تلخيص الحبير**: لابن حجر العسقلاني، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة، سنة 1384هـ ـ 1964م.

98 ـ **التلقين**: للقاضي عبد الوهاب، المطبعة الملكية، ط. أولى، سنة 1413هـ ـ 1993م.

99 ـ **التمهيد**: للأسنوي، عبد الرحيم بن الحسن أبو محمد الأسنوي، تحقيق محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط. أولى، سنة 1400هـ ـ 1980م.

100 ـ **التمهيد**: لابن عبد البر، المطبعة الملكية، سنة 1387هـ ـ 1967م، تحقيق مجموعة من الأساتذة.

101 ـ **التنبيه**: لابن بشير، مخطوط الخزانة العامة بالرباط، رقم (397ق).

102 ـ **التنبيه**: للشيرازي، تحقيق عماد الدين أحمد حيدر، عالم الكتب، بيروت، ط. أولى، سنة 1403هـ ـ 1983م.

103 ـ **التنبيهات**: للقاضي عياض، مخطوط الخزانة العامة، بالرباط، رقم (384ق).

104 ـ **تنوير الحوالك**: للسيوطي، دار الفكر، بيروت، (د ت).

105 ـ **تهذيب الأسماء**: لأبي زكرياء النووي، دار الفكر، بيروت، ط. أولى، سنة 1996م.

106 ـ **تهذيب التهذيب**: لابن حجر العسقلاني، مطبعة دار صادر، الهند، ط. أولى، سنة 1327هـ ـ 1919م.

107 ـ **تهذيب الكمال**: للمزي، تحقيق بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط. أولى، سنة 1400هـ ـ 1980م.

(ث)

108 ـ **الثقات**: لابن حبان، تحقيق شرف الدين أحمد، دار الفكر، ط. أولى، سنة 1395هـ ـ 1975م.

109 ـ **الثمر الداني شرح رسالة القيرواني**: للأزهري، المكتبة الثقافية، بيروت، (د ت).

(ج)

110 ـ **الجامع**: لابن يونس، مخطوط الخزانة العامة، بالرباط، رقم (350ق).

111 ـ **جامع أحكام القرآن**: لأبي عبد الله القرطبي، تحقيق أحمد عبد العليم البردوني، دار الشعب، القاهرة، ط. ثانية، سنة 1372هـ ـ 1953م.

112 ـ **جامع الأصول**: لابن الأثير، تحقيق عبد القادر، الأرناؤوط، مكتبة الحلواني، مطبعة الملاح، مكتبة دار البيان، بيروت، عام 1369هـ ـ 1960م.

113 ـ **جامع البيان على تأويل القرآن**: لابن جرير الطبري، دار الفكر، بيروت، سنة 1405هـ ـ 1984م.

114 ـ **الجامع الصغير**: للسيوطي، تحقيق محمد عبد الرؤوف المناوي، دار طائر العلم، جدة (د ت).

115 ـ **اجتماع الجيوش الإسلامية على غزو المعطلة والجهمية**: لابن القيم، تحقيق عواد عبد الله، مطابع الفرزق، الرياض، ط. أولى، سنة 1408هـ ـ 1988م.

116 ـ **جذوة الاقتباس في ذكر من حل من الأعلام مدينة فاس**: تأليف أحمد بن القاضي المكناسي، دار المنصور للطباعة والوراقة، الرباط، سنة 1974م.

117 ـ **جذوة المقتبس**: للحميدي، تحقيق محمد بن تاويت الطنجي، مكتبة نشر الثقافة الإسلامية، القاهرة، مصر، (د ت).

118 ـ **جامع الزيتونة ومدارس العلم في العهدين الحفصي والتركي**: للطاهر المعموري، الدار العربية للكتاب، سنة 1980م.

(ح)

119 ـ **حاشية البجيرمي**:

120 ـ **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**: لمحمد عرفة الدسوقي، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، (د ت).

121 ـ **حاشية رد المحتار**: لابن عابدين، دار الفكر، سنة 1386هـ ـ 1966م.

122 ـ **حاشية الصفتي على الجواهر الزكية**: تأليف يوسف المالكي، طبع مع الجواهر الزكية، مكتبة الطوبي، الطبقة البهية، مصر، سنة 1316هـ ـ 1899.

123 ـ **حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح**: لأحمد الطحطاوي الحنفي، مكتبة البابي الحلبي، مصر، ط. ثالثة، سنة 1318هـ ـ 1900م.

124 ـ **حاشية ضوء الشموع على المجموع للأمير مع عليش**: المطبعة الشرقية، القارة، سنة 1304هـ ـ 1887.

125 ـ **حاشية ابن عابدين**: لمحمد أمين، دار الفكر، بيروت، ط. ثانية، سنة 1386هـ ـ 1966م.

126 ـ **حاشية العدوي**: تأليف علي الصعيدي العدوي المالكي، دار الفكر، بيروت، سنة 1412هـ ـ 1990م، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي.

127 ـ **حاشية ابن القيم**: دار الكتب العلمية، بيروت، ط. ثانية، سنة 1415هـ ـ 1995م.

128 ـ **الحجة**: لمحمد بن الحسن الشيباني، تحقيق مهدي حسن الكيلاني القادري، عالم الكتب، بيروت، ط. ثالثة، سنة 1403هـ ـ 1983م.

129 ـ **الحدود لابن عرفة مع شرح الرصاع**: تحقيق محمد أبو الأجفان، والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت ـ لبنان، ط. أولى، سنة 1993م.

130 ـ **الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة**: تأليف زكرياء بن محمد الأنصاري، تحقيق د. مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، بيروت، سنة 1411هـ ـ 1971م، ط. أولى.

131 ـ **حسن المحاضرة**: للسيوطي، المطبعة المشرقية، (د ت).

132 ـ **الحطة في ذكر الصحاح الستة**: للقنوجي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. أولى، سنة 1405هـ ـ 1985م.

133 ـ **الحلل السندسية في الأخبار التونسية**: لمحمد بن محمد الأندلسي، الوزير السراج، تحقيق محمد لحبيب الهيلة، الدار التونسية، للنشر، سنة 0،19م.

134 ـ **حلى المعاصم**: للتاودي، دار الرشاد، دار الفكر، (د ت).

135 ـ **حلية الأولياء**: للأصبهاني، أبو نعيم، دار الكتاب العربي، بيروت، ط. رابعة، سنة 1405هـ ـ 1985م.

136 ـ **حلية العلماء**: للقفال، تحقيق ياسين أحمد إبراهيم، مؤسسة الرسالة، دار الأرقم، بيروت، عمان، الأردن، د. أولى، سنة 1400هـ ـ 1980م.

137 ـ **حواشي الشرواني**: تأليف عبد الحميد الشرواني، دار الفكر، بيروت، (د ت).

(خ)

138 ـ **اختلاف الحديث**: للإمام الشافعي، تحقيق عامر أحمد حيدر، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، سنة 1985م.

139 ـ **اختلاف الفقهاء**: للطبري، (د ت)، (د ط).

140 ـ **خزانة الأدب ولب لباب لسان العرب**: لعبد القادر البغدادي، تحقيق وشرح عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، بالقاهرة، ط. ثانية، سنة 1989م.

141 ـ **خلاصة البدر المنير**: لابن الملقن، تحقيق حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي، مكتبة الرشد الرياض، ط. أولى، سنة 1410هـ ـ 1990م.

(د)

142 ـ **الدراري المضيئة**: للشوكاني، دار الجيل، بيروت، سنة 07ط1هـ ـ 1987م.

143 ـ **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**: لابن حجر العسقلاني، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت (د ت).

144 ـ **الدر الثمين والمورد المعين في شرح المرشد المعين**: لأحمد ميارة، ط. إولى، المطبعة الخيرية، مصر، سنة 1230هـ ـ 1815م.

145 ـ **الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة**: لابن حجر، دار الجيل، بيروت ـ لبنان، (د ت).

146 ـ **دقائق المنهاج للنووي**: تحقيق إياد أحمد الغوج، المكتبة المكية، مكة المكرمة، ط. أولى، سنة 1996م.

147 ـ **دليل السالك للمصطلحات والأسماء في فقه الإمام مالك**: تأليف حمدي عبد المنعم شلبي، مكتبة ابن سينا للنشر والتوزيع، التصدير، القاهرة، مصر، (د ت).

148 ـ **دليل اطالب على مذهب الإمام أحمد**: تأليف مرعي ـن يوسف الحنبلي، المكتب الإسلامي، ط. ثانية، سنة 1389هـ ـ 1969م.

149 ـ **الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب**: لابن فرحون، تحقيق محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر القاهرة، (د ت).

150 ـ **ديوان امرئ القيس**: تصحيح الشيخ ابن أبي شنب، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، (د ت).

151 ـ **ديوان النابغة**: تحقيق د. شكري فيصل، دار الفكر، (د ت).

152 ـ **ديوان ابن هرمة**: تحقيق محمد جبار المعيبد، مطبعة الآداب في النجف الأشرف، سنة 1389هـ ـ 1969م.

(ذ)

153 ـ **الذخيرة للقرافي**: تحقيق مجموعة من الأساتذة، دار الغرب الإسلامي، ط. أولى، سنة 1994م.

154 ـ **الذخيرة في محاسن الجزيرة**: لابن بسام، تحقيق إحسان عباس، الدار العربية للكتاب، ليبيا ـ تونس، ط. أولى، سنة 1399هـ ـ 1979م.

155 ـ **رحلة التجاني**: مطبعة الدار الربية للكتاب، ليبيا، تونس، سنة 1981م.

156 ـ **الرد على سير الأوزاعي**: لأبي يوسف، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ت).

157 ـ **الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر**: للسيوطي، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، سنة 1400هـ ـ 1980م.

158 ـ **الرسالة**: لابن أبي زايد القيرواني، تحقيق الهادي حمو، ومحمد أبو الأجفان، ط. أولى، دار الغرب الإسلامي، سنة 1406هـ ـ 1986م.

159 ـ **رسالتان في اللغة**: للرماني، تحقيق إبراهيم السامرائي، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1994م.

160 ـ **الروض المربع شرح زاد المستقنع**: للبهوتي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، سنة 1390هـ ـ 1970م.

161 ـ **روضة الطالبين وعمدة المفتين**: للنووي، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة 1405هـ ـ 1985م.

162 ـ **روضة المستبين**: لابن بزيزة.

163 ـ **روضة الناظر**: لابن قدامة المقدسي، تحقيق عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، الرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود، ط. ثانية، سنة 1399هـ.

(ز)

164 ـ **زاد المستنقع**: لموسى المقدسي، تحقيق د. علي محمد عبد العزيز الهندي، مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة، (د ت).

165 ـ **زاد المعاد في هدي خير العباد**: لابن القيم، تحقيق شعيب وعبد القادر الأرناؤوط، ط13، مؤسسة الرسالة، سنة 1406هـ ـ 1986م.

166 ـ **زاد المسير**: لعبد الرحمن الجوزي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط. ثالثة، سنة 1404هـ ـ 1984م.

(س)

167 ـ **سبل السلام**: للصنعاني، تحقيق محمد عبد القادر عطا. دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، ط. أولى، سنة 1408هـ ـ 1988م.

168 ـ **الاستقصا لأخبار دول الغرب الأقصى**: للناصري، مصر، سنة 1312هـ ـ 1899م.

169 ـ **الاستيعاب في معرفة الأصحاب**: لابن عبد البر، مطبعة السعادة، مصر، ط. أولى، سنة 1328هـ ـ 1910م.

170 ـ **سر صناعة الإعراب**: لابن هشام، تحقيق حسن هنداوي، دار القلم، دمشق، طبعة إولى، سنة 1985م.

171 ـ **سنن أبي داود**: تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، (د ت).

172 ـ **سنن ابن ماجه**: محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، (د ت).

173 ـ **سنن البيهقي الكبرى**: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، أبو بكر البيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، سنة 1414هـ ـ 1994م.

174 ـ **سنن الترمذي**: محمد بن عيسى، أبو عيسى الترمذي السلمي، تحقيق محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د ت).

175 ـ **سنن الدارمي**: عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، تحقيق فواز أحمد زمرلي، خالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي، بيروت 1407هـ.

176 ـ **السنن المأثورة**: للشافعي، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، دار المعرفة، ط. أولى، سنة 1406هـ ـ 1986م.

177 ـ **سنن الدارقطني**: لعلي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، سنة 1386هـ ـ 1966م.

178 ـ **سنن النسائي**: أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط. ثانية، سنة 1406هـ ـ 1986م.

179 ـ **سير أعلام النبلاء**: للذهبي، تحقيق شعيب الأرناؤوط، محمد العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، ط. ثانية، سنة 1404هـ ـ 1984م.

180 ـ **السيل الجرار**: للشوكاني، تحقيق محمد إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. أولى، سنة 1405هـ ـ 1985م.

181 ـ **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**: لمحمد مخلوف، دار الكتاب العربي، بيروت ـ لبنان، طبعة مصورة عن الطبعة الأولى، سنة 1349هـ ـ 1931م.
182 ـ **شذرات الذهب**: لابن عماد الحنبلي، المكتب التجاري، للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ـ لبنان، (د ت).
183 ـ **شرح التلقين**: للمازري، تحقيق للشيخ محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت ـ لبنان، ط. أولى، سنة 1997م.
184 ـ **شرح الخرشي على مختصر خليل**: دار صادر، بيروت، ط. أولى، (د ت).
185 ـ **شرح الرسالة**: للقاضي عبد الوهاب، مخطوط خع، رقم (625ق).
186 ـ **شرح الزرقاني**: لمحمد بن عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. أولى، سنة 1411هـ ـ 1991م.
187 ـ **شرح زروق**: دار الفكر، سنة 1402هـ ـ 1982م.
188 ـ **شرح زبد**: لابن رسلان، دار المعرفة، بيروت، (د ت).
189 ـ **الشرح الصغير على أقرب المسالك**: للدردير، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، (د ت).
190 ـ **شرح عبد السلام الهواري على وثائق بناني**: طبع بفاس، سنة 1368هـ ـ 1949م.
191 ـ **شرح العمرة**: لأبي العباس ابن تيمية تحقيق د. سعود صالح العطيشان، مكتبة العبيكان، الرياض، طبعة أولى، سنة 1413هـ ـ 1993م.
192 ـ **شرح عمدة الأحكام**: لابن دقيق العيد، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ت).
193 ـ **شرح فتح القدير**: لابن الهمام، دار الفكر، بيروت، ط. ثانية، (د ت).
194 ـ **الشرح الكبير**: للدردير تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، (د ت).
195 ـ **شرح مسلم**: للإمام النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط. ثانية، سنة 1392هـ ـ 1972م.
196 ـ **شرح المدونة**: للمازري، مخطوط خع، رقم (150ق).
197 ـ **شرح معاني الآثار**: للطحاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق محمد زهري النجار، ط. أولى، سنة 1399هـ ـ 1979م.
198 ـ **شرف الطالب في أسنى المطالب**: لابن قنفد، تحقيق محمد حجي، الرباط، سنة 1396هـ ـ 1976م.

199 ـ **الشعر والشعراء**: لابن قتيبة، تحقيق وإشراف لجنة من الأدباء، الدار التونسية للنشر، دار الثقافة، بيروت، ط. سادسة، سنة 1983م.
200 ـ **الشفاء**: للقاضي عياض، تحقيق علي محمد اليحياوي، دار الكتاب العربي، بيروت (د ت).

(ص)

201 ـ **الصحاح**: للجوهري تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، 1402هـ ـ 1982م.
202 ـ **صحيح البخاري**: تحقيق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير اليمامة، بيروت، سنة 1407هـ ـ 1987م.
203 ـ **صحيح ابن خزيمة**: تحقيق محمد مصطفى الأعظمي. المكتبة الإسلامية، بيروت، سنة 1390هـ ـ 1970م.
204 ـ **صحيح ابن حبان**: تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة ثانية، سنة 1414هـ ـ 1993م.
205 ـ **صحيح مسلم**: تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د ت).
206 ـ **الصلة في تاريخ أئمة الأندلس وعلمائهم ومحدثهم وفقهائهم وآدابهم**: لأبي القاسم خلف بن عبد الملك بن بشكوال، مجريط بمطبعة روخس، سنة 1882م.

(ض)

207 ـ **الضوء اللامع لأهل القرن التاسع**: للسخاوي، مطبعة دار مكتبة الحياة، بيروت ـ لبنان، (د ت).

(ط)

208 ـ **طبقات ابن سعد**: دار صادر، بيروت، 1376هـ ـ 1957م.
209 ـ **طبقات الحفاظ**: للسيوطي، تحقيق علي محمد عمر، نشر مكتبة وهبة، مصر، ط. أولى، سنة 1393هـ ـ 1973م.
210 ـ **طبقات الحنابلة**: للقاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى، الناشر، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ـ لبنان، (د ت).
211 ـ **طبقات الحنفية**: لعبد القادر القرشي، دار النشر، مير كتب خانة، كراتشي، (د ت).
212 ـ **طبقات الشافعية**: للسبكي، تحقيق محمود الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلو، مطبعة عيسى البابي وشركاه، ط. أولى، سنة 1386هـ ـ 1967م.

213 ـ **طبقات الشافعية**: لابن قاضي شهبة، تحقيق الحافظ، عبد العليم خان، عالم الكتب، ط. أولى، سنة 1407هـ ـ 1987م.
214 ـ **طبقات فحول الشعراء**: لمحمد بن سلام الجمحي، قراءة وشرح محمود شاكر، مطبعة المدني، القاهرة، (د ط)، (د ت).
215 ـ **طبقات الفقهاء**: للشيرازي، تحقيق خليل الميس، دار القلم، بيروت، (د ت).
216 ـ **طبقات المالكية**: لمؤلف مجهول مخطوط الخزانة العامة، رقم (3928د).

(ظ)

217 ـ **ظهر الإسلام**: لأحمد أمين مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ط. ثانية، حسنة 1365هـ. 1946م.

(ع)

218 ـ **الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار**: لابن حازم الهمداني، تصحيح راتب حاكمي، مطبعة الأندلس، حمص، ط. أولى، سنة 1386هـ ـ 1966م.
219 ـ **العبر في خبر من غبر**: للذهبي، تحقيق فؤاد سيد، وصلاح المنجد، دائرة المطبوعات والنشر، الكويت، سنة 1961م.
220 ـ **العبر**: لابن خلدون، طبعة الأعلمي، بيروت، سنة 1391هـ ـ 1971م.
221 ـ **العدة شرح العمدة**: للمقدسي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (د ت).
222 ـ **عصر المرابطين والموحدين**: تأليف محمد عبد الله عنان، القاهرة، سنة 1384هـ ـ 1964م.
223 ـ **علل ابن أبي حاتم**: تحقيق محيي الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، سنة 1405هـ ـ 1975م.
224 ـ **العلل المتناهية**: لعبد الرحمن بن الجوزي، تحقيق د. خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. أولى، سنة 1403هـ ـ 1983م.
225 ـ **علم علل الحديث من خلال كتاب بيان الوهم والإيهام الواقعين في كتاب الأحكام**: لأبي الحسن بن القطان، المطبعة الملكية، ط. أولى، سنة 1415هـ ـ 1995م.
226 ـ **علوم البلاغة**: لمصطفى المراغي، المكتبة المحمودية التجارية، مصر، ط. الخامسة، (د ت).
227 ـ **عون المعبود**: لأبي الطيب دار الكتب العلمية، بيروت، ط. ثانية، 1415هـ ـ 1995م.

228 ـ **العين**: للفراهيدي، تحقيق مهدي المخزومي، وإبراهيم السامرائي، سلسلة المعاجم والفهارس، (د ت).
229 ـ **عنوان الأريب عما نشأ بالمملكة التونسية من عالم وأديب**: تونس، سنة 1951م.
230 ـ **عيون الأنباء في طبقات الأطباء**: لابن أبي أصيبعة، بيروت، سنة 1376هـ ـ 1956م.
231 ـ **عنوان الدراية فيمن عرف من العلماء في المائة السابعة ببجاية**: للغبرني تحقيق رباح يونار، مطبعة الشركة الوطنية، الجزائر، (د ت).
232 ـ **عيون المجالس**: للقاضي عبد الوهاب، تحقيق امباي بن كيباكاه، مكتبة الرشد، الرياض، طبعة أولى، سنة 1412هـ ـ 2000م.
233 ـ **عيون المناظرات**: للسكوني، تحقيق سعيد عراب، منشورات الجامعة التونسية، (د ت).
234 ـ **غاية النهاية في طبقات القراء**: لابن الجزري، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، ط. ثانية، سنة 1400هـ ـ 1980م.
235 ـ **غريب الحديث**: للخطابي، تحقيق عبد الكريم أحمد العزباوي، دار الفكر، دمشق.
236 ـ **غريب الحديث**: لابن قتيبة، تحقيق الجبوري، وزارة الأوقاف بالعراق، سنة 1397هـ ـ 1977م.
237 ـ **غرر المقالة في شرح غريب الرسالة**: للمغراوي، تحقيق الهادي حمو، ومحمد أبو الأجفان، ط، أولى، دار الغرب الإسلامي، سنة 1406هـ ـ 1986م.
238 ـ **غوامق الأسماء المبهمة**: لابن بشكوال، تحقيق عز الدين علي السيد، محمد كمال الدين، عالم الفكر، بيروت، ط. أولى، سنة 1407هـ ـ 1987م.

(ف)

239 ـ **الفائق**: للزمخشري، تحقيق علي محمد البجاوي، محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، لبنان، ط. ثانية.
240 ـ **الفارسية في مبادئ الدولة الحفصية**: لابن قنفد، تحقيق وتقديم محمد الشاذلي النيفر، وعبد المجيد التركي، طبعة الدار التونسية للنشر، سنة 1968م.
241 ـ **فتاوى ابن تيمية في الفقه**: تحقيق عبد الرحمن محمد قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، مكتبة ابن تيمية، (د ت).

242 ـ **فتاوى السغدي**: تحقيق د. صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، دار الفرقان، بيروت، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، سنة 1404هـ ـ 1984م.
243 ـ **فتح الباري**: لابن حجر، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، سنة 1379هـ ـ 1960م.
244 ـ **فتح القدير**: للشوكاني، دار الفكر، بيروت، (د ت).
245 ـ **فتح المجيد شرح كتاب التوحيد**: لآل الشيخ، مؤسسة قرطبة، طباعة، نشر، توزيع (د ت).
246 ـ **فتح المعين**: للمليباري، دار الفكر، بيروت، (د ت).
247 ـ **فتح الوهاب**: للأنصاري، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1418هـ ـ 1997م.
248 ـ **الفروع**: لشمس الدين المقدسي، أبو عبد الله محمد بن مفلح، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. أولى، (د ت).
249 ـ **الفصول المفيدة في الواو المزيدة**: لصلاح الدين العلائي، تحقيق د. حسن موسى الشاعر، دار البشير، عمان، ط. أولى، سنة 1990م.
250 ـ **الفكر السامي**: للحجوي، دار الكتب العملية، بيروت ـ لبنان، ط. أولى، سنة 1416هـ ـ 1995م.
251 ـ **فهرسة الرصاع**: تحقيق محمد العنابي، تونس، سنة 1967م.
252 ـ **فهرس مخطوطات خزانة القرويين**: تأليف محمد العابد الفاسي، إفريقيا، الشرق الدار البيضاء، ط. أولى، سنة 1400هـ ـ 1980م.
253 ـ **الفهرست**: لابن النديم، دار المعرفة، بيروت، سنة 1398هـ ـ 1978م.
254 ـ **فهرسة**: ابن خير الإشبيلي، تحقيق فرنسكه قداره زيدين ومن معه، المكتب التجاري، بيروت، ومكتبة المثنى ببغداد، ومؤسسة الخانجي بالقاهرة، ط. ثانية، سنة 1983م ـ 1963م.
255 ـ **الفواكه الدواني**: للنفراوي، دار الفكر، بيروت، سنة 1415هـ ـ 1995م.
256 ـ **الفيض القدير**: للمناوي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط. أولى، سنة 1356هـ ـ 1937م.

(ق)

257 ـ **قواطع الأدلة في الأصول**: للسمعاني، تحقيق محمد حسن محمد الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. أولى، سنة 1997م.

258 ـ **القول المسموع في الفرق بين الكوع والكرسوع**: تأليف محمد مرتضى الزبيدي، تحقيق مشهور حسن سلمان، دار ابن حزم، ط. أولى، سنة 1410هـ ـ 1990م.
259 ـ **القوانين الفقهية**: لابن جزي، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، (د ت).
260 ـ **القواعد والفوائد الأصولية**: للبعلي، تأليف علي بن عباس البعلي الحنبلي، تحقيق محمد حامد مطبعة السنة المحمدية، سنة 1375هـ ـ 1956م.

(ك)

261 ـ **الكافي**: لابن عبد البر، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1409هـ ـ 1987م.
262 ـ **الكافي في فقه ابن حنبل**: لابن قدامة المقدسي عبد الله، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط. خامسة، سنة 1408هـ ـ 1988م.
263 ـ **الكامل في الضعفاء**: لابن عدي، تحقيق يحيى غزاوي، دار الفكر، بيروت، ط. ثالثة، سنة 1409هـ ـ 1988م.
264 ـ **الكامل في التاريخ**: لابن الأثير، تحقيق محمد يوسف الدقاق، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، ط. أولى، سنة 1407هـ ـ 1987م.
265 ـ **الكتاب**: لسيبويه، مطبعة بولاق بمصر، سنة 1316هـ ـ 1899.
266 ـ **كشاف القناع في شرح الإقناع**: للبهوتي، مطبعة الحكومة بمكة، سنة 1394هـ ـ 1974م.
267 ـ **كتاب الضعفاء المتروكين**: لابن الجوزي، تحقيق عبد الله القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. أولى، سنة 1406هـ ـ 1986م.
268 ـ **الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل**: للزمخشري، المطبعة البهية المصرية، سنة 1343هـ ـ 1925م.
269 ـ **كشف الخفاء**: للعجلوني، تحقيق أحمد القلاش، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1405هـ ـ 1985م.
270 ـ **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون**: تأليف مصطفى بن عبد الله الشهير بحاجي خليفة، المكتبة الإسلامية، طهران، ط. ثالثة، 1378هـ ـ 1967م.
271 ـ **كفاية الأخيار في حل نهاية الاختصار**: تأليف تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني، دار الفكر، شركة مكتبة أحمد بن سعد بن نبهان وأولاده، سرابايا ـ أندونيسيا، (د ت).

272 ـ **كفاية الطالب**: لأبي الحسن المالكي، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، سنة 1412هـ ـ 1992م.
273 ـ **كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج**: ضبط النص وعلق عليه أبو يحيى عبد الله الكندري، دار ابن حزم، ط. أولى، سنة 1422هـ ـ 2002م.
274 ـ **كفاية المحتاج**: مخطوطة بالخزانة العامة بالرباط، رقم (709ج).
275 ـ **الكنى والأسماء**: لمسلم بن الحجاج القشيري، تحقيق عبد الرحيم محمد أحمد القشيري، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط. أولى، سنة 1404هـ ـ 1984م.
276 ـ **لباب النقول في أسباب النزول**: للسيوطي، مطبعة البابي الحلبي وأولاده، بمصر، ط. ثانية، (د ت).
277 ـ **لسان العرب**: لابن منظور، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، سنة 1990م.
278 ـ **لسان الميزان**: لابن حجر العسقلاني، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، سنة 1971م.
279 ـ **اللباب في شرح الكتاب**: للميداني الحنفي، المكتبة العلمية، بيروت ـ لبنان، سنة 1400هـ ـ 1980م.
280 ـ **اللمع في أصول الفقه**: للشيرازي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. أولى، 1405هـ ـ 1985م.

(م)

281 ـ **المؤنس في أخبار إفريقيا وتونس**: لابن دينار، تحقيق محمد سهام، مطبعة المكتبة العتيقة، نهج جامع الزيتونة، تونس، (د ت).
282 ـ **المبسوط**: لمحمد بن الحسن الشيباني، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، (د ت).
283 ـ **متن أبي شجاع = التذهيب في أدلة متن الغاية والتقريب**: تحقيق مصطفى ديب البغا، دار الإمام البخاري، دمشق، ط. أولى، سنة 1398هـ ـ 1987م.
284 ـ **المثل السائر في أدب الكاتب والشاعر**: لابن الأثير، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة البابي الحلبي، مصر، سنة 1358هـ ـ 1939م.
285 ـ **مجمع الزوائد**: للهيثمي، دار الريان للتراث، دار الكتاب العربي، القاهرة، بيروت، سنة 1407هـ ـ 1987م.

286 ـ **مجموع فتاوى ابن تيمية**: جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي، طبعة الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين، (د ت).
287 ـ **المحرر الوجيز**: لابن عطية، تحقيق وتعليق عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، والسيد إبراهيم محمد الشافعي صادق، ط. أولى، قطر، 1982م.
288 ـ **المحرر في الفقه**: لأبي البركات، دار الكتاب العربي، بيروت، (د ت).
289 ـ **المحصول**: للرازي، تحقيق طه جابر فياض العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط. أولى، سنة 1400هـ ـ 1980م.
290 ـ **المحكم**: لابن سيده، تحقيق محمد علي النجار، ط. أولى، سنة 1393هـ ـ 1973م.
291 ـ **المحلى**: لابن حزم، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لجنة إحياء التراث العربي، (د ت).
292 ـ **مشاهر علماء الأمصار**: تأليف محمد بن حبان بن أحمد البستي، تحقيق م. فلايشهمر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1959م.
293 ـ **مختار الصحاح**: للرازي تحقيق محمود خاصر، مكتبة لبنان ـ بيروت، سنة 1415هـ ـ 1995م.
294 ـ **مختصر اختلاف الفقهاء**: للطحاوي، تحقيق عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط. ثانية، سنة 1417هـ ـ 1996م.
295 ـ **مختصر الخرتي**: تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، طبعة ثالثة، سنة 1403هـ ـ 1984م.
296 ـ **مختصر اختلاف العلماء**: للطحاوي، تحقيق د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط. 11، 1417هـ ـ 1997م.
297 ـ **مختصر خليل**: دار الفكر، بيروت، تحقيق أحمد علي حركات، سنة 1415هـ ـ 1995م.
298 ـ **المجموع**: للنووي، تحقيق محمود مطرحي، دار الفكر، بيروت، ط. أولى، سنة 1417هـ ـ 1996م.
299 ـ **مختصر الدر الثمين والمورد المعين**: لميارة الفاسي، مطبعة المشهد الحسيني بالقاهرة، سنة 1383هـ ـ 1964م.
300 ـ **مختصر الطحاوي**: تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، دار إحياء العلوم، ط. أولى، سنة 1406هـ ـ 1986م.
301 ـ **مختصر المزني**: دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، (د ت).

302 ـ **المدونة برواية سحنون**: دار صادر، بيروت، (د ت).
303 ـ **مدينة تونس في العهد الحفصي**: تأليف عبد العزيز الدولاتلي، تعريب محمد الشاذلي، وعبد العزيز الدولاتلي، دار سارس للنشر، سنة 1981م.
304 ـ **مرآة الجنان**: لليافعي، مؤسسة العلمي، بيروت، ط. ثانية، بيروت، سنة 1360هـ ـ 1970م.
305 ـ **مسائل الإمام أحمد**: تحقيق فضل عبد الرحمن دين محمد، الدار العلمية، الهند، ط. أولى، سنة 1408هـ ـ 1988م.
306 ـ **المبدع**: لأبي مفلح الحنبلي (143هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة 1400هـ ـ 980 1م.
307 ـ **المسائل المختصرة من كتاب البرزلي**: لبوصلولو، تحقيق محمد لحليفي، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ط. أولى، 1401هـ ـ 1991م.
308 ـ **المستدرك على الصحيحين**: للحاكم النيسابوري، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. أولى، سنة 1411هـ ـ 1990م.
309 ـ **المستصفى من علم الأصول**: للغزالي، ط. أولى، تحقيق عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. أولى، سنة 13هـ14هـ ـ 1993م.
310 ـ **مسند أبي حنيفة**: لأبي نعيم الأصبهاني، تحقيق محمد الفرابي، مكتبة الكوثر، الرياض، ط. أولى، سنة 1415هـ.
311 ـ **مسند الشافعي**: دار الكتب العلمية، بيروت، (د ت).
312 ـ **مسند أبي عوانة**: تحقيق أيمن عارف الدمشقي، دار المعرفة، بيروت، ط. أولى، سنة 1998م.
313 ـ **مشكل الحديث**: لابن فورك، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، بحيدر آباد، الدكن، الهند، ط. ثانية، سنة 1391هـ ـ 1970م.
314 ـ **مصباح الزجاجة**: للكناني، تحقيق محمد المنتقى الكشناوي، دار العربية، بيروت، ط. ثانية، 1403هـ ـ 1983م.
315 ـ **المصباح المنير**: للفيومي، المكتبة العلمية، بيروت، سنة 1369هـ.
316 ـ **مصنف ابن أبي شيبة**: تحقيق كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشاد، الرياض، ط. أولى، سنة 1409هـ ـ 1989م.
317 ـ **مصنف عبد الرزاق**: تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط. ثانية، سنة 1403هـ ـ 1983م.

318 ـ **المطلع على أبواب المقنع**: لمحمد بن أبي البعلي، تحقيق محمد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي، دمشق، سنة 1401هـ ـ 1981م.
319 ـ **معاني القرآن**: للفراء، دار السرور، بيروت ـ لبنان، (د ت).
320 ـ **مغني المحتاج**: تأليف محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، (د ت).
321 ـ **مجمع اللغة العربية**: أصول الفقه، القاهرة.
322 ـ **معتصر المختصر**: لأبي المحاسن، عالم الكتب، مكتبة المتنبي، بيروت، القاهرة، (د ت).
323 ـ **معرفة الثقات**: لعجلي، تحقيق عبد العظيم البستوي، مكتبة الدار، المدينة المنورة، سنة 1405هـ ـ 1985م.
324 ـ **المعجم الأوسط**: للطبراني، تحقيق طارق بن عوض وعبد المحسن، دار الحرمين، القاهرة، سنة 1415هـ.
325 ـ **معجم البلدان**: لياقوت الحموي، دار الفكر، بيروت، (د ت).
326 ـ **معجم الصحابة**: لابن قانع، تحقيق صالح بن سلام المصراتي، مكتبة الغرباء الأشرتي، المدينة المنورة، ط. أولى، سنة 1418هـ ـ 1997م.
327 ـ **معجم لغة الفقهاء**: محمد رواس قلعه جي، دار النفائس، بيروت ـ لبنان، ط. ثانية، 1408هـ ـ 1988م.
328 ـ **معجم ما استعجم**: للبكري، تحقيق مصطفى السقا، عالم الكتب بيروت، ط. ثالثة، سنة 1409هـ ـ 1989م.
329 ـ **معجم المؤلفين**: لعمر رضا كحالة، مكتبة المثنى، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د ت).
330 ـ **معجم مقاييس اللغة**: لأبي الحسن أحمد فارس بن زكرياء، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، سنة 1399هـ ـ 1979م.
331 ـ **المعجم الوسيط**: تأليف إبراهيم مصطفى وآخرون، مطبعة مصر، 1380هـ ـ 1960م.
332 ـ **المعونة في الجدل**: للشيرازي، تحقيق د. علي عبد العزيز العميريني، جمعية إحياء التراث الإسلامي، الكويت، ط. أولى، 1407هـ ـ 1987م.
333 ـ **المعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي عبد الوهاب، تحقيق حميش عبد الحق، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (د ت).**
334 ـ **معين الحكام: لابن عبد الرفيع، تحقيق محمد بن قاسم بن عباد، دار الغرب الإسلامي، سنة 1989م.**

335 ـ **المغرب في ترتيب المعرب**: لأبي الفتح المطرزي، دار الكتاب العربي، لبنان، (د ت).

336 ـ **المبسوط**: للرضيني.

337 ـ **المغني**: لابن قدامة، دار الفكر، بيروت، سنة 1405هـ ـ 1985م.

338 ـ **مغني المحتاج**: للشربيني، دار الفكر، بيروت، (د ت).

339 ـ **المقتنى في سرد الكنى**: للذهبي، تحقيق محمد صالح عبد العزيز المراد، مطابع الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، سنة 1408هـ ـ 1988م.

340 ـ **المقدمات**: لابن رشد، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت ـ لبنان، ط. أولى، سنة 1408هـ ـ 1988م.

341 ـ **المقدمة**: لابن خلدون، دار الشعب، القاهرة، (د ت).

342 ـ **مقدمة ابن الصلاح بشرح التقييد والإيضاح**: دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، ط. ثانية، 1405هـ ـ 1984م.

343 ـ **مقدمة تحقيق كتاب الجامع**: لابن أبي زيد القيرواني، تحقيق محمد أبو الأجفان، عثمان بطيخ، مؤسسة الرسالة، ط. ثالثة، سنة 1406هـ ـ 1985م.

344 ـ **المقدمة الحضرمية**: عبد الله الحضرمي، تحقيق ماجد الحموي، الدار المتحدة، دمشق. ط. ثانية، سنة 13هـ14هـ ـ 1993م.

345 ـ **مقدمة محقق كتاب شرح التلقين**: للمازري، دار الغرب الإسلامي، ط. أولى، سنة 1997م.

346 ـ **مقدمة محقق كتاب المعونة**: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1415هـ ـ 1995م.

347 ـ **ملحق بروكلمان**:

348 ـ **منار السبيل**: لابن ضويان، تحقيق عصام القلعجي، مكتبة المعارف الرياض، ط. ثانية، 1405هـ ـ 1985م.

349 ـ **المنار المنيف**: للدمشقي، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط. ثانية، سنة 1403هـ ـ 1983م.

350 ـ **المنتظم في تاريخ الملوك والأمم**: لابن الجوزي، دار الثقافة، بيروت، (د ت).

351 ـ **المنتقى**: لابن الجارود، تحقيق عبد الله عمر البارودي، مؤسسة الكتاب الثقافية، بيروت، ط. أولى، سنة 1408هـ ـ 1988م.

352 ـ **المنتقى**: للباجي، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. أولى، سنة 1410هـ ـ 1999م.

353 ـ **المنثور**: للزركشي، تحقيق تيسير أحمد محمود، وزراة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط. ثانية، 1405هـ ـ 1985م.
354 ـ **منهاج السنة النبوية**: لابن تيمية، تحقيق محمد رشاد سالم، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط. أولى، سنة 1405هـ ـ 1986م.
355 ـ **منهج النقد في علوم الحديث**: لنور الدين عتر، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط. ثالثة سنة 1401هـ ـ 1981م.
356 ـ **الموافقات**: للشاطبي، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، (د ت).
357 ـ **موسوعة التاريخ الإسلامي**: لأحمد شلبي، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة العاشرة، سنة 1995م.
358 ـ **مواهب الجليل**: لمحمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله الحطاب، دار الفكر، بيروت، سنة 1398هـ ـ 1977م.
359 ـ **موطأ مالك**: تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر، (د ت).
360 ـ **المهذب**: للشيرازي، دار الفكر، بيروت، (د ت).
361 ـ **ميزان الاعتدال في نقد الرجال**: للذهبي، تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة للطباعة، بيروت ـ لبنان، (د ت).

(ن)

362 ـ **النجوم الزاهرة في أخبار ملوك مصر والقاهرة**: لابن تغري بردي، دار الكتب المصرية، سنة 1932م.
363 ـ **نزهة الألباء في طبقات الأدباء**: لابن الأنباري، تحقيق إبراهيم السامرائي، نشر مكتبة الأندلس، بغداد، ط. ثانية، سنة 1970م.
364 ـ **نزهة الألباب في الألقاب**: لابن حجر العسقلاني، تحقيق عبد العزيز بن حجر بن صالح السديدي، مكتبة الرشيد، الرياض، الطبعة الأولى، سنة 1989م.
365 ـ **النشرة العلمية**: للكلية الزيتونية للشريعة وأصول الدين، العدد 4، 76.
366 ـ **نصب الراية للزيلعي**: تحقيق محمد يوسف البنوري، دار الحديث، مصر، سنة 1357هـ ـ 1938م.
367 ـ **نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب**: للمقري التلمسانى، تحقيق د. إحسان، دار صادر، بيروت، سنة 1388هـ ـ 1968م.
368 ـ **النكت**: لعبد الحق مخطوط، خع الرباط، رقم (350ق).

369 ـ **النهاية في غريب الحديث**: لابن الأثير، تحقيق طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطباخي، دار الفكر، بيروت، سنة 1399هـ ـ 1979م.
370 ـ **النوادر والزيادات**: لابن أبي زيد القيرواني، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط. أولى، سنة 1999م.
371 ـ **نور الإيضاح**: لأبي الإخلاص الشرنبلالي، دار الحكمة، دمشق، 1985م.
372 ـ **نيل الابتهاج بتطريز الديباج**: للتنبكتي، أحمد بابا، القاهرة، سنة 1329هـ ـ 1911م.
373 ـ **نيل الأوطار**: للشوكاني، دار الجيل، بيروت، سنة 1973م.

(هـ)

374 ـ **الهداية شرح بداية المبتدي**: للمرغيناني، المكتبة الإسلامية، بيروت، (د ت).
375 ـ **هدية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين**: تأليف إسماعيل باشا البغدادي، المكتبة الإسلامية، طهران، ط. ثالثة، سنة 1367هـ ـ 1957م.

(و)

376 ـ **الواضحة**: لابن حبيب، مخطوط، خزانة القرويين، رقم (809).
377 ـ **الوفيات**: لابن قنفد، تحقيق عادل نويهض، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط. ثانية، سنة 1978م.
378 ـ **وفيات الأعيان**: لابن خلكان، تحقيق إحسان عباس، دار الثقافة، بيروت، (د ت).
379 ـ **الوسيط**: للغزالي، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط. أولى، سنة 1417هـ ـ 1994م.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

نماذج من مخطوطات التحقيق

قسم التحقيق

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة



ابن بزيزة التونسي

روضة المستبين في شرح كتاب التلقين

دراسة وتحقيق
عبد اللطيف زكاغ

2

دار ابن حزم